

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

Des Restrictions apportées
aux Actes de Disposition
en
Matière de Propriété foncière
dans le Droit Serbe

Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue
LE JEUDI 5 JUIN 1930

PAR

RADMILO BELITCH

M. LÉVY-ULLMANN *Président.*
MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Suffragants*
NIBOYET

PARIS

IMPRIMERIE DU MONT-PARNASSE ET DE PERSAN-BEAUMONT

1930

Des Restrictions apportées
aux Actes de Disposition
en
Matière de Propriété foncière
dans le Droit Serbe

Thèse pour le Doctorat présentée et soutenue
LE JEUDI 5 JUIN 1930

PAR

RADMILO BELITCH

M. LÉVY-ULLMANN *Président.*

MM. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, (*Suffragants*
NIBOYET)

PARIS

IMPRIMERIE DU MONT-PARNASSE ET DE PERSAN-BEAUMONT

1930



La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses : ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Sources Principales

- Le Code Civil Serbe.* — Dr Laza Markovitch (Grodjanski zokoni), éd. 1921.
- Le Code de Procédure civile.* — G. Niketitch (Gradjanski Sudski — postupak), éd. 1921.
- Le Code Civil Général de l'Empire d'Autriche.* — Traduction par A. Declercq, éd. 1911.
- Coutumes juridiques des Slaves.* — Boguichitch (Pravni obicaji u juznih slovena).
- Matériaux en réponse à des questions de droits tirées de différents pays slaves du sud.* — Boguichitch (Zbornik sadasnjih pravni obicaja u juznih slovena).
- ZBORNIK.* — *Recueil d'ordonnances sur les provinces nouvellement affranchies ou réunies.*
- Recueil des décisions de la Cour Suprême.* — Gojko Niketitch (Odluke Opste Sednice Kasacionog Suda), éd. 1922.
- Pratique judiciaire.* — S. Kovatschevitch (Sudska Praksa, 1925, 1926, 1927).
- Les Notes sténographiques de l'Assemblée Constituante 1921, liv. II. Protocole de la Skoupchtina en 1871, 1872, 1873, 1874.*

II. — Les Traités et les Ouvrages généraux

- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Traité de droit civil « Servitudes », « Donations »*, 3^e éd. 1905.
- BEUDANT (Robert). — *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*, éd. 1889.
- BOISTEL. — *Cours de philosophie du droit*, éd. 1899, Paris.
- BUREAU. — *Homestead*, éd. 1895, Paris.
- CAPITANT (H.). — *Introduction à l'étude du droit civil.*
— *Cours du droit civil approfondi pour le doctorat, année 1927-28.*
- COLIN (A.) ET CAPITANT (H.). — *Le cours de droit civil*, éd. 1928.
- COURCELLE-SENEUIL. — *Etude des principes*, éd. 1887.
- DIRON-LOUSSARARD. — *L'histoire et la théorie de la propriété foncière dans le droit public ottoman.*
- DUGUIT (L.). — *Les doctrines juridiques objectivistes.*

- Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon, éd. 1912.
- Le droit social, le droit individuel, éd. 1911.
- L'Etat, le droit objectif et la loi positive, éd. 1901.
- Quelques mots sur la famille primitive, éd. 1883.
- DURKHEIM. — De la division du travail social, éd. 1893.
- FOUILLÉE. — La propriété sociale. Paris, Hachette, éd. 1904.
- FUSTEL DE COULANGES. — Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire. Paris, Hachette, 1891.
- GAZIOT (P.). — Une solution du problème agraire — la terre à la famille paysanne.
- GENY (F.). — Science et technique en droit privé positif.
— Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, éd. 1889, Paris.
- GILLON. — De l'individualisme.
- GRANIER (Jean). — Le bien de famille. Th. Toulouse, 1905.
- JOURDON (Alfred). — Le droit français, ses règles fondamentales, ses rapports avec les principes de la morale, avec l'économie
- LANDRY. — L'utilité sociale de la propriété individuelle, éd. 1901.
politique et avec l'utilité générale. Paris, éd. 1875.
- LAURENT. — Principes de droit civil, II, V, VI.
- LAVELAYE. — De la propriété et ses formes primitives, éd. 1891.
- LE BASTIER (J.). — De la propriété et de son principe.
- LÉVY-ULLMANN (Henry). — Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. Le système juridique de l'Angleterre, t. I.
— Cours du droit civil approfondi pour le doctorat, année 1927-28.
- MANUELS DALLOZ DE DROIT USUEL. — Manuel des Servitudes, de la Contiguïté et de la Mitoyenneté, éd. 1926.
- PICARD (Edmond). — Le droit pur.
— Les Constantes du droit.
- PLANIOL ET RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, éd. 1928, Paris.
- POTHIER. — Traité des retraits pour servir d'appendice au traité du contrat de vente.
- STARCKE (G. N.). — La famille dans les différentes sociétés. Paris, Giard et Brière, 1899.
- TOURNE. — Influence de l'esprit philosophique des lois civiles sur leur application. Toulouse 1866.
- TROPLONG. — De la propriété d'après le Code civil.

✱

- ARANDJELOVITCH (D.). — Le droit de succession (en serbe). Belgrade 1923.
- ARANDJELOVITCH (D.). — Controverses juridiques (en serbe). Belgrade 1821.
- AVRAMOVITCH (M.). — Les institutions de crédit agraire. Belgrade, 1914 (en serbe).

III

- Trente ans de travail coopératif (Trideset godina zadrugnog rada), 1894-1924.
- BOGUICHITCH. — — De la forme dite *inokosna* de la famille rurale chez les Serbes et les Croates.
- DJORDJEVITCH (A.). — La théorie de la procédure civile. Belgrade, 2^e éd. 1924 (en serbe).
- GUERASSIMOVITCH. — L'ancien droit serbe. Belgrade, 1925 (en serbe).
- MARKOVITCH (L.). — Le droit de famille. Belgrade, 1920 (en serbe).
- NINTCHITCH (M.). — L'histoire des rapports agraires et juridiques des paysans serbes sous les Turcs. Belgrade, 1920 (en serbe).
- OUROCHEVITCH (L.). — Les études critiques du domaine du droit. Belgrade, 1926 (en serbe).
- PERITCH (Z.). — Contrat de vente (Ugovor o kupovini i prodaji). — La partie spéciale du droit civil (Specialni Deo Gradjanskog Prava), I, II, III, IV. Belgrade, 1922.
- Le droit applicable aux zadrougas (Zadrazno. Pravo), 2^e éd. 1924.
- PETROVITCH (J.). — L'exode des paysans aux villes et à la classe des ouvriers (en serbe).
- YOVANOVITCH (M. P.). — *La possession. Sa protection et l'usucapion* (Drzavina. Njina zastita i odrzaj). Belgrade, 1925.
- YOVANOVITCH (S.). — Le droit constitutionnel du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes. Belgrade, 1924 (en serbe).

III. — Thèses de Doctorat

- BESSUS (L.). — Des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas prévus par la loi, th., Paris, 1899.
- BOURDON. — Comment développer et maintenir la petite propriété rurale, th., Paris, 1914.
- BRETONNEAU. — La clause d'inaliénabilité, th., Paris, 1902.
- DES LYONS (M.). — La propriété immobilière incessible et insaisissable au point de vue économique, th., Caen, 1906.
- GLOMAZITCH (M.). — L'histoire du crédit en Serbie jusqu'à la fondation de la Banque Nationale, th., Nancy, 1926.
- IVCHITCH (M.). — Les problèmes agraires en Yougoslavie, th., Strasbourg, 1926.
- MARKOVITCH (Z.). — La transmission du patrimoine d'une personne décédée dans la zadrouga serbe, th., Paris, 1929.
- MAHMOND (F.). — De la préemption immobilière en droit Egyptien, th. P., 1928.
- MASSERAN (Maurice). — De la liberté de l'acte juridique, th., Montpellier, 1904.
- MILENOVITCH (A.). — L'évolution historique de la propriété foncière en Serbie, th., Paris, 1929.
- NEGEL (D.). — De la clause d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit, th., Paris, 1915.
- NOVAKOVITCH (D.). — La zadrouga, th., Paris, 1905.
- VERCESCO (G. J.). — Etude générale sur les restrictions apportées

IV

- à la propriété foncière, th., Paris, 1901.
VIZIOZ (H.). — La question du fidéicommiss en Prusse, th., Bordeaux, 1914.

IV. — Revues et périodiques

- Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence 1915.
- BONNECASE. — La Notion de Droit au XIX^e siècle, art. pub. dans la CHÉRON (Albert). — La jurisprudence sur la clause d'inaliénabilité, art. pub. dans la *Revue trimestrielle de droit privé*, 1906.
- DEMOGUE (René). — La Notion de sujet de droit, art. pub. dans la *Revue trimestrielle de droit civil*.
- DESPOGNET (Franz). — L'ordre public en droit international privé, art. pub. dans le *Journal du droit international privé*, 1889.
- DE VISCHER (F.). Du « jus abutendi », art. pub. dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1913.
- DONNEDIEU DE VABRES. — La propriété d'affectation, art. pub. dans les *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, tome III, nos 1-2, janvier-juin 1909.
- FILSCH (E.). — Le Code civil général autrichien, art. pub. dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, 1911.
- NOVAKOVITCH (S.). — Le droit de préemption des parents et des voisins dans les contrats de vente, art. pub. dans « *Gosnjica Cupiceve Zaduzbine IX* », 1890.
- PERITCH. (Z). — Les principaux traits caractéristiques de la Constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes, du 28 jun 1921, art. pub. dans la *Revue Internationale de Sociologie*, novembre-décembre 1928.
- Le droit sur les zadrougas dans la Croatie et la Slavonie, art. pub. dans « *Archiv* », décembre 1925.
- RADOSAVLIEVITCH (M.). — Bachtina et propriété ou collectivisme et individualisme dans le droit serbe, art. pub. dans « *Branic* », 1887-1888.
- RIPERT (G.). — Droit naturel et positivisme juridique, art. pub. dans les *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1918.
- WAGNER (A.). — La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, art. pub. dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907.
-

INTRODUCTION

§ I. — SUJET DE NOTRE ETUDE

1. Le droit de propriété foncière confère à son titulaire le droit de tirer de la chose tous les avantages qu'elle est susceptible de procurer. Ce sont des avantages qu'assure le fait de la possession ; mais il y en a qu'on tient du droit lui-même. Il y a donc un double aspect de l'exercice du droit de propriété : 1) *l'usage ou l'exploitation de la chose* ; 2) *la disposition de cette chose*. Dans le premier cas le propriétaire perçoit les fruits et les produits que la chose est destinée à procurer. Cette exploitation se fait par des actes se rapportant directement à la chose et connus sous le nom d'*actes matériels* dont ils serait impossible de dresser une liste limitative. Dans le second cas, le propriétaire exerce une faculté spéciale, la faculté de céder son droit sur des avantages que lui procure l'exploitation de la chose. Cet exercice de la propriété se fait dans la forme des *actes juridiques* qui se bornent, selon Planiol, à opérer le déplacement total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer la chose.

2. Est-ce que le propriétaire dans l'exercice des actes juridiques a un pouvoir absolu ? ou ne doit-il pas subir certaines restrictions ? Voilà la question que nous nous proposons de traiter dans ce travail. Nous avons à examiner des restrictions appor-

tées aux actes à l'aide desquels on dispose des choses *juridiquement*, c'est-à-dire à l'aide des actes que l'analyse peut amener à transférer à autrui en tout ou partie le droit de jouissance et de consommation qui appartient au propriétaire. Les actes de disposition comprennent tous les actes qui tendent à dépouiller le propriétaire de tout ou partie de ses droits sur la chose, non seulement les actes translatifs de propriété, mais encore les actes constitutifs de servitude, d'usufruit, d'emphytéose, d'hypothèque ou de gage. *Ce sont les restrictions apportées à ces actes qui rentrent dans le cadre de notre sujet. Or, toutes les restrictions aux actes matériels de jouissance en sont exclues.*

3. Il reste donc à écarter de ce cadre toutes les restrictions provenant du fait de la contiguité des immeubles. D'ailleurs cette catégorie de restrictions ne constitue pas une limite au droit de propriété. Ces restrictions ont leur fondement dans le respect du droit d'autrui. (1) Dès lors, dans le droit de propriété, les servitudes légales ne sont point considérées comme une restriction de la propriété, c'est-à-dire comme de véritables servitudes, mais comme le droit commun de la propriété, la condition intrinsèque sans laquelle elle ne serait pas ou serait autre (2). Or, il faut écarter ces restrictions, non seulement parce qu'elles n'ont pas pour objet des actes de disposition, mais encore parce qu'elles ne constituent point une limite au droit de propriété. « Toutes celles (limites) qui restreignent l'exercice du droit de propriété dans le but de sauvegarder le droit égal d'autrui, en d'autres termes, toutes les limites découlant du voisinage, nous les considérons comme des limites *inhérentes* à l'idée de propriété individuelle. Elles trouvent en effet leur source

(1) MAURICE MASSERAN. *De la liberté de l'acte juridique*, p. 17, thèse Montpellier 1904.

(2) En ce sens, BAUDRY-LACANTINIERE. *Servitudes*. p. 535.

dans l'essence du droit de propriété, puisque tout droit est : par sa nature même, limité par le droit égal d'autrui. Les limites de voisinage loin donc d'atteindre le principe même de la propriété ne font que mieux la définir, mieux marquer son étendue. » (1).

Il en est de même, s'il s'agit de restrictions imposées au propriétaire par la théorie de l'abus du droit. Cette théorie, si l'on admet du moins que tous les droits ne sont pas absolus, mais relatifs, c'est-à-dire limités, ne constitue point à proprement parler une restriction au droit, car la notion du droit comprend en elle-même l'exclusion de l'abus, elle n'est qu'une meilleure analyse de sa notion. (2) C'est dans l'essence du droit de propriété que son exercice doit répondre à un intérêt sérieux et légitime, et qu'il faut que cet exercice soit justifié par une utilité personnelle.

A côté de ces restrictions d'ordre civil et inhérentes au droit de propriété, il y a encore d'autres apportées aux *actes matériels de jouissance* qui forment une catégorie particulière qui sont de même exclues du cadre de notre sujet : ce sont les *restrictions d'ordre administratif*. Elles tiennent à des intérêts très divers dont les principaux sont les suivants : 1° *Motifs de sécurité et de salubrité publiques* (prohibitions ou obligations relatives à l'alignement, au nivellement, etc.) ; 2° *Motifs d'économie sociale* (prohibitions concernant l'exploitation des mines, l'usage des eaux ; les obligations de maintenir, le long d'une rivière ou d'un canal un *chemin de halage* et un *marcneupied*, etc.) ; 3° *Intérêts de défense nationale* (servitudes militaires) ;

(1) G. J. VERCESCO. *Etude générale sur les Restrictions apportées à la propriété foncière*, thèse Paris 1901. Op. cit., p. V Intro.

(2) V. PLANIOL, t. 2, 2^e éd., N° 871.

4° *Intérêt fiscal* (Restrictions à la culture du tabac et au droit de fabrication de l'alcool, etc.) (1)

Il y a encore une catégorie de restrictions surgies des bouleversements d'après-guerre : ce sont des restrictions contenues dans les lois d'exception en matière de loyer. Echo d'une plus grande solidarité sociale et d'un interventionnisme plus intense, elles montrent des tendances à se généraliser. Nous n'avons pas l'intention de les traiter dans ce travail, puisque, chez nous, ce sont des lois très éphémères qui ne durent pas plus d'un an, et la loi la plus récente, du 27 avril 1929, a rendu ces restrictions en étendue et en intensité, insignifiantes à tel point qu'on est déjà revenu au droit commun en cette matière, sauf quelques exceptions. *Enfin, la loi d'exception en matière de loyer n'apporte pas de restrictions aux actes de disposition, mais aux actes matériels de jouissance, qui ne forment pas l'objet de notre thèse.*

Quant aux restrictions apportées au droit de propriété résultant de l'institution de l'expropriation pour *cause d'utilité publique*, nous les écartons aussi, bien qu'elles ne représentent pas seulement une limite au droit de jouissance mais encore au droit de disposition. Nous les écartons pour leur fondement particulier qui ne les rend pas susceptibles de se coordonner avec les restrictions que nous visons dans ce travail. D'ailleurs ne pourrait-on pas contester à l'expropriation sa nature de mesure restrictive aux actes de disposition ? Les restrictions qui entrent dans le cadre de notre sujet ne sont pas de nature à déposséder le propriétaire ; tandis que l'expropriation tend à une dépossession partielle ou complète du propriétaire, c'est-à-dire qu'elle tend à empêcher le propriétaire d'exercer des actes matériels de

(1) V. A. COLIN et H. CAPITANT. *Cours de droit civil*, T. I, p. 745, éd. 1923.

jouissance ; elle représente donc plutôt une restriction à ces actes qu'aux actes juridiques. Cette mesure est d'une application constante. Elle a plusieurs causes et particulièrement l'extension de la richesse publique par la création de routes ou de voies ferrées, la transformation de l'outillage de la nation, l'assainissement des agglomérations et leur agrandissement que nécessitent les poussées des populations vers les centres. (1) L'expropriation ne tend donc pas à limiter le droit de disposition, et le propriétaire ne peut disposer des immeubles destinés à l'expropriation jusqu'à ce qu'il soit dépossédé et que les actes translatifs de propriété soient remplis en faveur de l'expropriant. C'est une mesure plus rigoureuse et d'un effet plus large : *elle porte une atteinte au droit de propriété tout entier, à son corps complet, et même à sa nature, puisqu'elle a pour effet de transformer une propriété privée en un domaine public.* L'expropriation n'a pas pour but d'apporter des restrictions aux actes de disposition ; son but principal est de transformer la propriété privée en domaine public, et si les terrains acquis n'ont pas reçu la destination en vue de laquelle ils étaient acquis les anciens propriétaires ou leurs héritiers peuvent en demander la rétrocession ; tandis que les restrictions que nous avons à examiner se rapportent directement aux actes de disposition et sont établies dans l'intérêt de l'ordre social. Enfin, le droit d'expropriation a un caractère public, et par cela même, il ne peut pas former l'objet de notre sujet qui se borne strictement au domaine du droit privé.

4. En d'autres termes, l'objet de notre étude consiste à exposer tous les cas où il y a une défense d'aliéner des biens immo-

(1) *Manuels Dalloz de droit usuel, Manuel des Servitudes, de la contiguïté et de la Mitoyenneté*, éd. 1926, p. 3.

biliers ou n'importe quelle autre obligation imposée au propriétaire à l'occasion d'une disposition ; *c'est donc exposer un ensemble d'entraves à la libre opération du déplacement du droit d'exploiter un bien immobilier.* Cet objet ainsi précisé est encore limité par la nature foncière de la propriété que nous visons exclusivement dans ce travail. Parmi cette multitude de restrictions aux actes de disposition, nous avons à examiner seulement celles dont l'existence juridique est liée à la nature immobilière des biens de telle façon que, si on les en détache, elles perdent leur raison d'être et restent privées d'un élément intrinsèque et essentiel. *Il s'ensuit qu'il faut écarter aussi du cadre de notre sujet toutes les restrictions pour lesquelles la nature immobilière de la chose est indifférente.*

5. Nous voilà enfin à une précision exacte du cadre des restrictions que nous avons à examiner dans le droit privé serbe, et que voici : 1° *Restrictions du droit d'Okoutchyé* ; 2° *Restrictions du droit de préemption légale (retrait lignager)* ; 3° *Restrictions du droit des zadrougars (coindivisaires) de reprendre l'héritage dévolu aux filles qui ont succédé au zadrougar (coindivisaire) décédé* — § 529 du Code civil serbe ; — et enfin, 4° *les restrictions imposées par la volonté particulière.*

6. Les restrictions résultant du droit de réserve sont hors de la portée de ce travail, puisqu'elles sont indifférentes pour la nature immobilière de la chose : elles sont applicables sur les biens mobiliers aussi bien que sur les biens immobiliers.

7. Il va sans dire que nous ne visons dans cette thèse que les restrictions qui portent atteinte au *droit de disposition* comme l'attribut de la propriété dans le sens de sa définition traditionnelle. Les restrictions dont la cause réside dans l'incapacité

civile ne représentent aucune atteinte au droit de propriété lui-même, et par conséquent, elles n'entrent pas dans le cadre de notre sujet. Les restrictions qui nous intéressent sont donc celles qui, d'après leur nature et leur fondement dénaturent la propriété traditionnelle et individuelle, et se répercutent par conséquent sur l'organisation sociale et économique.

§ 2. — LE DOUBLE CARACTERE DES RESTRICTIONS.

8-9. Cette limitation au droit de disposition peut être *absolue* ou *relative*. Elle est absolue lorsqu'elle enlève complètement au propriétaire son droit de disposition : les biens entre ses mains sont frappés d'une indisponibilité réelle ; le propriétaire n'en peut disposer dans aucun cas. Dans l'ancien droit français qui s'inspirait, en cette matière, d'idées toutes différentes des nôtres, et spécialement du souci de conserver autant qu'il est possible les biens dans les familles, paraît avoir pleinement admis la clause portant prohibition absolue d'aliéner. « Ainsi, d'après Bosnage, la jurisprudence des Parlements admettait généralement que même, après que la chose donnée était restée pendant plusieurs générations dans la famille du donateur, les héritiers de celui qui l'avait aliénée, étaient admis à la revendiquer contre le tiers acquéreur, lorsqu'elle avait été aliénée malgré la défense portée dans l'acte de donation. » (1) d. B. p. 15. Les biens de main-morte et de fief étaient aussi inaliénables d'une manière absolue dans l'ancien droit. Dans le droit positif français, l'inaliénabilité des biens dotaux présente un double caractère : elle est absolue d'après ses effets juridiques ; elle est relative en

(1) LÉON BESSUS : *Des clauses d'inaliénabilité insérées dans les actes juridiques en dehors des cas prévus par la loi*. Thèse Paris, 1899, p. 15.

tant qu'elle est facultative pour les futurs époux. En est-il de même lorsqu'il s'agit de substitution permise ? « En effet, on admet couramment en doctrine et en jurisprudence, que le grevé de substitution est en droit d'aliéner valablement les biens affectés de la charge de conserver et de rendre, qui est des caractères essentiels de la substitution, sauf, bien entendu, le cas échéant, l'exercice du droit des appelés ». (1). La portée absolue de la défense d'aliéner que comporte la substitution est donc amoindrie. (2). Cependant il n'y a aucun doute sur la relativité de l'inaliénabilité dont sont frappés les biens de famille : il suffit du consentement de la femme pour rendre ces biens aliénables. En principe, la défense absolue d'aliéner n'est pas admise dans le droit français moderne ; même dans les cas peu nombreux prévus par la loi, le caractère absolu de l'inaliénabilité est douteux (3). Quant à la clause d'inaliénabilité, elle est illicite lorsque le testateur ou le donateur ont imposé au bénéficiaire de la libéralité, l'inaliénabilité d'une manière absolue et indéfinie sans restriction et sans limite ; cette clause est licite lorsqu'elle implique une inaliénabilité relative ou, en d'autres termes, la jurisprudence a admis la validité des clauses d'inaliénabilité sous cette double condition qu'elles se justifient par un intérêt légi-

(1) LÉON BESSUS : thèse, p. 19.

(2) Dès que l'inaliénabilité est conditionnée, le caractère absolu en est tempéré : le grevé de substitution est bien propriétaire *pendante conditione*, et, s'il venait à aliéner, l'aliénation serait valable jusqu'au jour de l'ouverture de la substitution. Il se peut que l'ouverture n'arrive jamais et l'aliénation reste alors toujours **valable**. C'est donc avec son qu'on a contesté le caractère absolu de cette inaliénabilité.

(3) Dans tous ces cas exceptionnels, le législateur prend toutes les dispositions nécessaires pour que les tiers en soient avertis, afin de ne pas se voir brusquement lésés par une incessibilité dont ils ignoraient l'existence. Il a entouré ces restrictions de nombreuses formalités pour rendre leur application plus difficile.

time, et qu'elles ne soient pas stipulées à perpétuité, ni pour un temps indéterminé (1).

10. L'exemple typique de la prohibition absolue d'aliéner se trouve dans le droit serbe, dans l'institution de l'Okoutchyé dont nous ferons un peu plus loin, dans un chapitre spécial, une analyse minutieuse. Le fond d'Okoutchyé est, en effet, frappé d'une indisponibilité réelle et absolue. Aux termes de la loi, ce fonds est indisponible et le titulaire n'en peut en aucune manière disposer. Dans le droit serbe l'inaliénabilité des biens dotaux est inconnue ; l'acceptation du régime dotal n'entraîne pas l'inaliénabilité de la dot ; même la stipulation en est défendue, à moins qu'on ne stipule ce qui est admis d'après le droit commun. Quant à la substitution fidéicommissaire, on y applique un régime spécial dont les principes se distinguent au fond de la substitution fidéicommissaire du droit romain de Justinien ou de celle du droit français. La clause d'inaliénabilité est trop peu en usage chez les Serbes ; sa validité d'ailleurs suppose de nombreuses conditions. Cette question a donc moins d'importance pratique que d'importance théorique. Il en est de même

(1) V. A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours de droit civil*, p. 767, éd. 1928.

Le droit de Justinien présente une physionomie particulière en ce qui concerne l'admission de l'inaliénabilité absolue. Une constitution de 531 de Justinien frappe les biens grevés de la clause d'inaliénabilité d'une indisponibilité réelle, de telle sorte qu'ils ne pouvaient plus faire l'objet d'aucune aliénation valable. La clause d'inaliénabilité qui nous intéresse oblige le grevé à rendre les biens : il n'a pas d'autre moyen d'échapper à son obligation. On peut donc affirmer que Justinien a voulu consacrer la nouvelle conception qui est celle de l'indisponibilité réelle. (V. D. Negel, *De la clause d'inaliénabilité dans les actes à titre gratuit*, thèse Paris 1915, p. 12) Il n'en est pas moins vrai que cette conception suppose, de même que l'idée d'indisponibilité réelle, le caractère absolu de la prohibition d'aliéner. Il est à remarquer que le principe économique de de libre circulation des biens, proclamé par la Révolution Française, devait nécessairement tempérer le caractère absolu de l'inaliénabilité de l'ancien régime. L'inaliénabilité absolue était aussi méprise que les autres institutions de l'ancien régime.

quant au fidéicommis. Mais depuis que cette institution est abolie par la constitution de 1921, une question délicate se pose : c'est celle de savoir si toutes les dispositions du Code civil relatives à l'institution de la substitution sont une dérogation et si leur application a cessé d'être obligatoire pour les juges ? C'est une question que nous ne faisons que mentionner ici et à l'examen de laquelle nous nous livrerons plus loin (1).

11. *La restriction est relative lorsqu'elle vise seulement une personne ou une certaine catégorie de personnes à l'égard desquelles les dispositions légales ou volontaires imposent au propriétaire certaines obligations en vue de l'aliénation.* S'agit-il d'une clause d'inaliénabilité, elle peut contenir diverses dispositions. Par exemple, des clauses relatives qui défendent d'aliéner seulement à certaines personnes et qui, par conséquent, ne s'opposent pas à l'aliénation faite à d'autres qu'à celles qu'on visait ; — un autre exemple : par la clause de réméré on défend à l'acheteur, pour un temps fixé, d'aliéner les biens achetés. Cette limitation est temporaire, et, après l'expiration du temps fixé, l'acheteur reprend le libre droit de disposer des biens achetés. S'agit-il de restrictions légales, elles imposent aussi une obligation *de faire* ou *de ne pas faire* à l'occasion d'une aliénation. En matière de droit de réserve le *de cujus* ne peut pas disposer des biens réservés s'il y a des réservataires ; ou en matière de préemption légale (retrait lignager) dans le droit serbe, le propriétaire risque de voir tomber son acte de disposition s'il ne l'avait pas préalablement notifié à ses indivisaires ou à ses suc-

(1) Quant aux biens du domaine public, leur inaliénabilité est absolue par excellence, à raison de leur destination d'utilité publique. Mais ceci, c'est du droit public.

L'admission des restrictions absolues dans le droit positif serbe est la conséquence logique de la méconnaissance du principe économique de la libre circulation des biens.

cessibles. C'est une obligation de faire dont le propriétaire est tenu dans le cas où il procède à l'opération du déplacement de son droit ; on est donc en présence d'une atteinte au droit de céder le droit de propriété à qui on voudra.

§ 8. — LA DIVISION DES RESTRICTIONS EN LEGALES ET EN VOLONTAIRES.

12. Toutes les dispositions qui apportent des restrictions aux actes de disposition sont *légales ou volontaires*. Les dispositions légales c'est-à-dire les *restrictions légales* proviennent de la loi et s'imposent aux particuliers par la force de leur caractère impératif ; tandis que les *restrictions volontaires* sont le résultat d'un concours des volontés ou d'un acte unilatéral de volonté et s'imposent aux particuliers par la force obligatoire des actes juridiques qu'ils ont passé.

13. Les prohibitions légales relatives aux actes de disposition sont moins nombreuses dans le droit moderne français que les *prohibitions contractuelles*. En dehors du droit de réserve il n'y pas d'autres restrictions légales aux actes de disposition, abstraction faite de celles du droit public. Les restrictions que comportent le régime dotal et le régime du bien de famille et de substitution permise sont *statutaires* (1) ; ce sont les restrictions admises à être insérées dans les actes conventionnels ou unilatéraux. Mais il y a encore une catégorie de restrictions volontaires que

(1) Il y a des auteurs qui considèrent ces restrictions comme légales, puisque leur critérium de division réside en ceci : 1° Les restrictions sont légales dans toutes les hypothèses où la loi permet aux particuliers de rendre intransmissible la propriété immobilière ; 2° Les restrictions sont conventionnelles dans toutes les hypothèses où ce n'est pas la loi mais la doctrine et la jurisprudence qui les ont admises à être insérées dans les conventions des actes de dernière volonté. Notre critérium de division réside, au contraire, dans la nature *impérative* ou *relative* des dispositions restrictives aux actes de disposition.

la jurisprudence française a introduites et qui sont stipulées dans la forme de clause d'inaliénabilité. Appelée à se prononcer sur la validité de cette clause, c'est-à-dire sur l'admission de l'inaliénabilité non prévue par la loi, la jurisprudence a admis, comme nous l'avons vu tout-à-l'heure, le caractère relatif de la clause.

14, 15, 16. Il n'en est pas de même dans le droit positif serbe : celui-ci nous donne un tableau inverse en ce qui concerne le rapport numérique entre les restrictions légales et les restrictions volontaires. Les restrictions légales sont les plus nombreuses ; le nombre de restrictions conventionnelles est insignifiant ; quant aux restrictions statutaires, elles sont inconnues. Il n'est pas difficile d'expliquer cette différence entre le droit serbe et le droit français au point de vue du système des restrictions. Le législateur et le jurisconsulte français étaient préoccupés de garder intact le principe de la libre circulation des biens sur lequel reposent la société et le système juridique de la France issue de la Grande Révolution ; tandis que le législateur et le jurisconsulte serbes ne pensaient qu'à assurer et protéger le foyer et une certaine superficie de la terre au peuple paysan qui versait le plus de sang et d'argent pour maintenir l'indépendance et le fonctionnement de son Etat ; et, dès lors, ils intervenaient toujours en faveur des paysans dès que la mise en jeu des principes de la libre circulation des biens avait menacé de les dépouiller de leur terre et de leur foyer. De nombreuses restrictions légales apportées aux actes de disposition dans le droit positif serbe sont donc dues à cette intervention très fréquente qui méconnaissait tous les principes individualistes et même le principe de la libre circulation des biens. Nous sommes maintenant sur le point où s'affirment avec une évidence très nette toute l'importance et l'influence qu'ont les principes fondamentaux d'une organisation sociale et d'un système juri-

dique en matière de restrictions aux actes de disposition, et toute la nécessité d'une étude préalable consacrée à ces principes. Les différentes législations actuellement en vigueur en Yougoslavie (1), étant en train d'être unifiées, la question que nous abordons dans ce travail est donc d'une actualité de premier ordre. De toutes les restrictions qu'on rencontre dans la législation serbe, faut-il les maintenir en tout ou en partie dans le système unifié et consacrer ainsi les principes fondamentaux du système juridique de la Serbie d'avant-guerre ; ou ne faudrait-il pas les modifier en quelque sorte, ou, enfin y déroger et baser le nouveau système yougoslave sur les principes occidentaux, en premier lieu, bien entendu, sur les principes juridiques du système français ? Voilà des questions qui soulèvent de nombreuses discussions et controverses dans les commissions pour l'unification législative et dont la solution aura des répercussions importantes sur la vie économique et sociale de la Yougoslavie. De ce côté-là, ce travail devrait avoir un intérêt capital, et, s'il contribue à quelques aboutissements, ce sera son mérite — mérite sans prétention.

(1) Le Code civil de l'Empire d'Autriche de l'année 1811 avait été introduit dans tous les royaumes et pays représentés au conseil de l'Empire à Vienne. Après la répression des troubles hongrois, le Code civil fut, en 1852 et en 1853 introduit dans les pays hongrois ; mais en 1861, il fut abrogé pour le territoire de la Hongrie ; il reste en vigueur en Croatie-Slavonie avec des modifications particulières à ces pays. En Bosnie-Herzégovine il était employé comme droit subsidiaire (*E. Filsch. Le Code civil général autrichien* ; l'article publié dans la Revue de droit international et de législation comparée, 1911, p. 113).

Les modifications que le Code civil autrichien a subies dans la Croatie-Slavonie portent sur la communauté de famille ; Ordonnance du Ministre de la Justice de Vienne du 7 avril 1857 défendant les inventaires de succession dans les communautés de famille, inventaires amenés par l'interdiction en Hongrie et en Croatie, en 1852, du Code civil autrichien ; *Justitium* relatif aux dettes des membres des *Zadrougas*, du 5 mars 1860 ; Ordonnance de l'autorité autonome centrale du 13 décembre 1848, 23 août 1849, 30 janvier et 7 avril 1850, concernant la défense du partage des *zadrougas* ; Ordonnance du gouverneur de la Croatie du 31 mai 1863, concernant le partage des familles.

§ 4. — PRINCIPE DE LA LIBRE CIRCULATION DES BIENS.

17. Les restrictions que nous venons d'énumérer soulèvent non seulement des objections à cause de l'atteinte qu'elles portent au principe de l'absolutisme du droit de propriété, mais aussi à cause des inconvénients économiques qu'elles sont susceptibles de produire. Rendre les biens indisponibles, c'est enlever à la propriété sa fonction économique essentielle. Le propriétaire dont le bien est indisponible peut n'en tirer qu'un très mauvais parti, alors qu'il prospérerait, peut-être, en des mains plus actives. Le pouvoir que le propriétaire possède d'aliéner à son gré, n'est pas simplement une conséquence naturelle du droit de propriété, il y a plus, l'intérêt économique réprouve toute mesure qui entrave, défend ou restreint la libre circulation des biens. La faculté d'aliéner est l'un des plus puissants leviers de l'activité économique. Tout ce qui tend à entraver la circulation des richesses, se heurte à ce besoin, à cette nécessité de mise en valeur, et par suite au mouvement qui caractérise l'état social et économique moderne. L'inaliénabilité des immeubles, en les faisant séjourner, parfois, en des mains incapables d'en bien user, contrarie donc la production et l'accroissement de la fortune nationale. La chose inaliénable n'a plus pour le propriétaire qu'une *valeur d'usage* et aucune *valeur d'échange*. Les entraves à la libre circulation produisent la diminution des revenus que donnent les droits de mutation. Toute inaliénabilité vient donc priver l'Etat d'une ressource abondante, au grand détriment du Trésor et de l'intérêt général que les ressources publiques permettent de mieux satisfaire. Enfin, où le propriétaire de biens, inaliénables en tout ou partie trouvera-t-il du crédit, puisque sa fortune est d'une utilité nulle

en tant qu'instrument de gage, l'inaliénabilité et l'insaisissabilité allant généralement de pair (1).

18. Cette circulation des biens est plus ou moins entravée suivant la nature des restrictions : les restrictions de caractère absolu mettent généralement les biens hors de circulation provisoirement ou définitivement. Les biens substitués ou dotaux sont mis provisoirement hors de circulation. Le fonds de l'okoutchyé est, au contraire, hors de circulation d'une façon définitive. Il n'en est pas de même des restrictions d'un caractère relatif : elles ne font que gêner cette circulation. Par exemple, le droit de préemption légale met seulement des entraves à la libre circulation des biens et c'est un des principaux arguments qu'on soulève en Yougoslavie contre cette institution.

Le caractère absolu des restrictions étant prédominant dans le droit serbe, le principe de la libre circulation des biens y est atteint à ce point qu'on peut avec raison affirmer *que la répartition des biens immobiliers s'y opère d'une manière artificielle ; elle n'est donc pas laissée à la merci du libre jeu de l'offre et de la demande, comme c'est le cas en Occident*. Le principe économique de la libre circulation des biens est donc gravement atteint. La raison en est que l'élément social de la propriété a prévalu, du moins en ce qui concerne les rapports agraires. (2)

§ 5. CLASSEMENT DES RESTRICTIONS D'APRÈS LEUR FONDEMENT.

19. Etant données toutes les conséquences économiques et juridiques que les restrictions dont il s'agit sont susceptibles de produire, la question se pose de savoir quels sont les intérêts

(1) Voir M. des Lyons. *La propriété immobilière incessible et insaisissable au point de vue économique*, Thèse, Caen 1906, p. 10 et suiv.

(2) V. *Infra*, p. 44.

supérieurs qui en ont déterminé la **proscription et l'admission**. Malgré toute la nécessité de l'absolutisme du principe de libre circulation et l'impossibilité d'y déroger, sa portée laisse donc place à discussion lorsque des raisons supérieures viennent s'y opposer ou l'amender. Ces raisons sont variables suivant l'époque et le milieu où elles venaient à s'opposer. Les limites au droit de disposer librement des biens immobiliers sont donc déterminées par des causes dépendant des différentes ambiances des législations nationales. « A chaque phase de son développement, en effet, le Droit a présenté des aspects multiples suivant les nations qu'il régissait, d'abord, et ensuite, dans chaque nation, suivant les rapports auxquels il s'appliquait. » (1). En notre matière l'exactitude de ce principe est confirmée par les différents systèmes des restrictions qu'on rencontre dans les législations nationales. Dans certaines nations, on les tolère comme une nécessité, dans d'autres on les considère comme les principes fondamentaux du régime de la propriété ; *mais partout et toujours nous les trouvons affectées d'une destination spéciale relative à la sauvegarde des intérêts, soit des particuliers, soit de diverses collectivités, soit d'une classe toute entière* (2). Le nombre et la nature des restrictions dépendent du point de savoir auquel de ces intérêts il serait nécessaire d'accorder de préférence la protection. Et ce ne sont que les considérations de ces intérêts qui sont les seules puissantes pour justifier les restrictions.

(1) Bonecase, *La Notion de droit au XIX^e siècle*, article publié dans la Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence 1915 ; p. 337.

(2) La loi de Homestead serbe vise la protection des intérêts de toute la classe des petits propriétaires paysans. Cette loi a attribué à la propriété rurale un caractère de classe, et c'est pour cela que la jouissance de ce droit est attachée exclusivement à la qualité d'agriculteur, les autres classes sociales ne pouvant pas en être les sujets.

20. Il faut donc chercher le fondement hors de la loi, hors du cadre des principes juridiques. La recherche en est exclue par le seul fait que les restrictions existent en violation des principes posés *a priori*, et que le législateur et le jurisconsulte reconnaissent l'utilité et la nécessité de leur maintien. Cette question peut se ramener à celle de la conception de la propriété. Si l'on conçoit l'illimitation du droit de propriété comme un principe absolu, c'est-à-dire si l'on a de lui une conception subjectiviste, toutes les restrictions auraient été injustifiables et le fait de leur existence aurait dû représenter ou une exception ou une correction à la règle. Dans le premier cas elles seraient évidemment en opposition avec la règle, et par conséquent, on ne saurait les justifier que hors de cette règle ; dans le second cas elles désapprouveraient l'exactitude du principe lui-même et fourniraient des éléments d'une nouvelle conception. Cette nouvelle conception est celle de la *propriété-fonction*, d'après laquelle la propriété individuelle cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale, et les cas d'affectation de richesse à des collectivités, qui doivent être juridiquement protégés, deviennent de plus en plus nombreux » (1). Les restrictions sont tout à fait conciliables avec cette conception (2). Etant donné son caractère objectif, la propriété-fonction ne se fonde que sur des données réelles. Or, soit qu'on se place au point de vue des doctrines subjectivistes, soit de celui des doctrines objectivistes, la justification des restrictions n'est possible que dans le domaine des données réelles. Dès que nous nous sommes écartés du concept légal de la propriété, qu'il soit individualiste ou positiviste, ce concept n'a plus d'importance dans notre recherche du fondement des restrictions. Ce n'est pas à dire que ce concept légal

(1) V. DUGUIT. *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 149 et s.

(2) V. *infra*, p. 90 à 94.

soit négligeable. Dans le domaine de l'application juridique il joue un rôle considérable que nous examinerons dans notre première partie. Mais quand il s'agit de chercher le fondement des restrictions, les considérations d'ordre social nous en fournissent les premiers éléments solides et explicatifs.

21. Quelque auteurs ont essayé de fonder les restrictions sur des principes d'un système juridique. La recherche dans ce cadre conduit inévitablement dans un cercle vicieux, si le système juridique se base sur des principes individualistes. Les arguments qu'on en tire ne peuvent servir qu'à combattre toutes les restrictions. Dans ce cadre la liberté absolue de disposer des biens est la seule justifiable et susceptible de s'appuyer sur des arguments tirés des textes et des principes. Le droit de réserve par exemple y est injustifiable. « Les dispositions du Code civil qui ont établi la réserve sont évidemment fondées sur l'idée très ancienne de la propriété collective, du clan ou de la tribu, de la quasi copropriété des fils dans le droit romain. Cette idée se rattache à un arrangement économique et politique fixe, dans lequel une famille ne peut être déclassée sans désordre. Est-ce l'arrangement social sous l'empire duquel nous vivons ? Pas du tout. La société moderne est fondée sur le principe contraire, de la liberté du travail et des échanges, principe d'après lequel le classement des personnes et des biens est toujours mobile et se modifie nécessairement sous l'impulsion du travail et de la capacité de chacun. L'individu a tout pouvoir d'user de ses biens et de les aliéner. » (1) En matière de clause d'inaliénabilité, on contestait son caractère licite en invoquant les principes du Code civil. On disait qu'il ne fallait pas l'admettre, puisque cette clause n'a aucun fondement juridique. En faveur de sa nullité, un premier argument se présente : c'est le concept légal

(1) V. COURCELLE-SENEUIL. *Etude des principes*, p. 466.

de la propriété ; puis le principe économique consacré par la législation française et consistant en ce que les biens qui ont un maître doivent rester soumis aux volontés de ce dernier ou que « tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation ». Ce raisonnement est bien fondé logiquement et juridiquement ; mais, dès que nous mettons en doute ou contestons le caractère absolu des principes susindiqués, ou, dès que nous invoquons des dispositions légales consacrant les restrictions, nous nous trouvons immédiatement embarrassés dans un cercle vicieux. D'abord n'existe-t-il pas d'autres restrictions qui apportent une gêne sérieuse à la circulation des biens, et que pourtant la loi consacre ? Dans les cas de convention d'indivision à cinq ans que la loi a admise, ou dans les cas de démembrement de la propriété n'existe-t-il pas des restrictions qui constituent une situation très fâcheuse dont il importe qu'on puisse sortir rapidement à cause des obstacles qu'elle met à la libre disposition des biens ? Puis la loi elle-même sanctionne l'inaliénabilité de certains biens. Les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjoints, sauf des exceptions légales, sauf aussi la stipulation contraire qui serait insérée dans le contrat de mariage. De même le grevé de substitution n'a pas le droit d'aliéner les immeubles légalement substitués (1). En faveur de l'admission de la clause d'inaliénabilité il faut invoquer aussi le principe de l'autonomie de la volonté, et, quelque paradoxal que ce soit, le principe de l'absolutisme du droit de propriété qui confère au propriétaire le droit de détruire la chose, et par une raison plus forte, de la frapper d'indisponibilité en la transmettant à un autre. Notre embarras

(1) V. ALBERT WAGNER. *La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs*, l'article publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil* 1907, p. 311, 312, 314, 315.

atteint son point culminant quand nous nous rapportons au droit positif où l'inaliénabilité de la propriété foncière constitue le principe fondamental de l'organisation sociale. La loi de Homestead est une des lois fondamentales du régime de la propriété américaine. (1) Dans le droit positif serbe cette inaliénabilité est plus absolue encore ; la jurisprudence la considère comme un principe d'ordre public.

Or, la recherche du fondement des restrictions dans le cadre des principes juridiques nous conduit non seulement dans un cercle vicieux, mais, envisagée sous l'angle du droit comparé, cette recherche nous amène à des conclusions tout à fait opposées. Tandis qu'une législation nationale nous montre des restrictions comme exceptionnelles et injustifiables au point de vue juridique, une autre paraît nous les présenter comme quelque chose de normal en les élevant même à la hauteur des principes fondamentaux.

22. Il n'est pas sans intérêt de voir comment les jurisconsultes romain mettaient en œuvre toute leur force d'argumentation juridique et logique pour justifier dans le cadre des principes du droit romain les premières restrictions aux actes de disposition. Pour ne pas atteindre le principe du *dominium*, on donnait aux enfants exhérédés pour des raisons légitimes, la *querela inofficiosi testamenti*, en vertu de laquelle ils pouvaient attaquer le testament, provoquer sa chute et faire ainsi ouvrir la succession *ab intestat*. Le prétexte de l'annulation du testament était que le testateur n'avait pas dû jouir de sa raison en le faisant. Ce n'était donc pas l'*action en réduction* que les réservataires exercent aujourd'hui au cas où leur part légitime aurait été entamée et en vertu de leur propre droit qui repré-

(1) V. BUREAU. *Homestead*, p. 31.

sente une restriction aux actes de disposition à titre gratuit. Dans le droit romain on procédait à une fiction pour rendre le testament non valable, et de la sorte protéger les intérêts des enfants sans atteindre le principe de la propriété. En effet, c'était le premier noyau du droit de réserve. A l'origine il n'y avait donc pas de règle fixée sur cette quotité. Lorsqu'on l'avait introduite plus tard, l'éminent jurisconsulte romain Paul en chercha le fondement dans le principe du droit de propriété de la tribu :

« Pour les héritiers siens, il y a moins hérité que continuation de propriété, comme s'ils avaient déjà été maîtres, eux, qui du vivant même du père sont considérés en quelque sorte comme maîtres. C'est pourquoi, à la mort du père, ils semblent moins hériter qu'acquérir la libre administration de leurs biens. Aussi, bien qu'ils ne soient pas institués héritiers, ils restent maîtres : cependant on peut les déshériter, comme on pouvait autrefois les mettre à mort. (1) On considérait aussi la faculté de tester, ou faculté de disposer comme dérivant du pouvoir public : le testateur n'est donc qu'un délégué chargé de remplir une fonction de magistrat. « Ce qui est certain, c'est que le droit de tester que nous tenons des Romains n'a jamais été considéré par eux comme un droit privé : il est de droit public, dit Popinien, *testamenti factis non privati, sed publici juris est* (2). En effet, par le droit de tester le législateur délègue au père de famille la faculté de disposer, sous certaines conditions, des biens qu'il laisse à son décès, sur lequel la nature ne lui donne aucun pouvoir (3). Cette opinion est insoutenable aujourd'hui qu'il est incontestable que le droit de succession est de caractère privé.

(1) *Digeste*, LXXVIII, t. II, I, II, cité par COURCELLE-SENEUIL, p. 459. Etude des principes.

(2) *Digeste*, XXVIII, tit. I, I, 3.

(3) COURCELLE SENEUIL, *op. cit.*, p. 458.

Il ne reste donc qu'une seule solution possible de la question posée : c'est de chercher le fondement des restrictions, hors du cadre du concept légal de la propriété et des principes juridiques. La recherche dans ce domaine abstrait est d'avance condamnée à l'échec. Il faut ouvrir la fenêtre du laboratoire de technique juridique et jeter un coup d'œil sur la réalité qui nous entoure et où plongent les racines de toutes les institutions juridiques. C'est en considération de ces données réelles que réside la raison d'être des restrictions. Il y a des situations de fait qu'on doit munir d'une armature de restrictions contre toutes les forces destructives.

23, 24. Toutes les restrictions ne dérivent-elles pas d'une destination dont la propriété est affectée soit par le législateur (restrictions légales) soit par les particuliers (restrictions volontaires). *Le véritable fondement réside dans cette destination* (1). La propriété est destinée à protéger les intérêts du propriétaire lui-même ou de ceux que le propriétaire a visés dans les dispositions de sa volonté (la clause d'inaliénabilité) ; — ou la propriété est affectée d'une destination collective (2). Pour que les restrictions soient justifiées, le but auquel la propriété est

(1) L'inaliénabilité des biens du domaine public, présente une puissante démonstration de l'exactitude de notre formule. Le fondement de cette inaliénabilité réside dans la destination d'utilité publique. Lorsque la chose cesse d'être affectée à l'utilité publique, elle retombe dans le domaine privé de la personne administrative. (CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, op. cit., p. 235). Dans ce cas d'inaliénabilité, le *jus abutendi* de la propriété n'existe pas, et c'est la raison pour les auteurs inspirés de la conception individualiste de dire que les biens du domaine public ne sont pas susceptibles de propriété. Pourquoi ne pourrions-nous pas dire qu'il s'agit en cette matière d'une propriété de forme particulière ! Les formes de la propriété sont diverses suivant ses destinations.

(2) Les restrictions légales.

affectée doit être *légitime* et *objectivement utile*. L'utilité et la légitimité du but ne vont pas toujours de pair. Il y a des cas où le but malgré sa légitimité laisse place à discussion quant à son utilité objective. Si la destination de la propriété est conférée ou permise par le législateur, le but est incontestablement *légitime* aussi bien qu'il ne l'est pas dans des hypothèses non prévues par la loi. Ce n'est que dans ce dernier cas qu'on prend en considération les intérêts supérieurs qui d'eux-mêmes doivent rendre en quelque sorte la légitimité au but ; cette légitimité d'après nous est subordonnée à l'utilité objective du but qu'on se propose d'atteindre. L'appréciation de cette utilité est laissée au législateur et au juge du fond. Ce n'est que sur ce concept que la jurisprudence française a fondé le caractère licite de la clause d'inaliénabilité en dehors des hypothèses légales, et qu'il faut fonder en général toutes les restrictions.

« Or, lorsqu'il s'agit, par exemple, de ménager les ressources indispensables à la vie d'un foyer, d'assurer à un père dépen sier ou même simplement engagé par sa situation dans des affaires hasardeuses, de quoi nourrir et élever ses enfants, il y a là un intérêt sérieux et un intérêt qui tend à devenir social, étant données la mobilité et les fluctuations des fortunes à l'heure présente. C'est ce qu'on a compris dans plusieurs pays en créant les biens de famille insaisissables et difficilement aliénables. C'est ce que comprend encore la jurisprudence quand elle favorise et sanctionne la clause d'inaliénabilité au profit du gratifié ». (1) Le législateur fonde ses restrictions sur ce concept : toutes les fois que le législateur met des entraves à la circulation des biens, c'est parce que ces biens sont affectés à un but, d'ailleurs très variable, qui peut être notamment la protection même

(1) ALBERT CHÉRON. *La jurisprudence sur la clause d'inaliénabilité*, article publié dans la *Revue trimestrielle de droit privé*, p. 349, 1906.

de leur propriétaire contre ses entraînements et son inexpérience. Ce sont donc des considérations relatives à la destination des biens qui justifient les cas d'inaliénabilité.

25. *En résumé, la destination dont la propriété est affectée par les dispositions de la volonté législative ou particulière est le fondement et la cause déterminante de toutes les restrictions. Mais juridiquement ces restrictions ne sont valables que du moment où cette destination devient légitime. C'est cet attribut que lui confère le législateur ou la jurisprudence en vertu de l'appréciation de l'utilité objective du but dont la propriété restreinte est affectée.*

L'utilité objective s'oppose à l'utilité subjective : la première se révèle d'un ensemble de faits et de considérations personnelles. L'utilité objective détermine le caractère prohibitif ou impératif des dispositions légales. Elle est de nature à influencer le contenu de la notion d'ordre public. L'utilité subjective attribue aux dispositions légales un caractère relatif, et c'est ainsi que la réalisation de cette utilité est laissée au libre agissement des particuliers.

Mais l'utilité objective est aussi relative et variable : elle est prédisposée par des éléments extérieurs à l'homme : par les faits sociaux et économiques. Elle est donc déterminée par un système social et économique. Le législateur rend *légitime* les restrictions qui sont indispensables à la conservation des institutions fondamentales d'une société déterminée. Dans la prescription des restrictions le législateur ne peut jamais être arbitraire puisqu'il est constamment soumis à la force de la nécessité sociale. Cette nécessité n'affirme-t-elle pas d'elle-même l'utilité objective du but dont la propriété devrait être affectée et qui détermine la volonté du législateur.

26. Dans la société patriarcale et féodale la conservation de la famille était l'intérêt suprême au-dessus de tous les autres intérêts. Quand les familles se furent accrues en nombre et en étendue, qu'elles se furent fixées sur le sol cultivé par leurs soins, au lieu d'errer à la poursuite du gibier, les biens fonciers commencèrent à jouer un rôle primordial dans la vie économique et sociale. La puissance politique et économique d'une tribu ou d'une famille patriarcale se mesuraient à la superficie du sol qu'elle occupait et cultivait. (1) Son prestige et son existence n'étaient assurés qu'à condition d'une protection efficace de sa propriété foncière. Cette protection n'était possible sans frapper le fonds commun d'une indisponibilité ou du moins d'une aliénabilité très difficile à effectuer. La prospérité de la famille patriarcale et de toute société patriarcale reposait donc sur la difficulté des échanges des biens fonciers, et cette prospérité conduisait à en faire approuver l'inaliénabilité. Pour en faire la démonstration il ne faut pas remonter plus loin qu'au droit coutumier des Slaves du Sud. Tous les Slaves du Sud avant leur délivrance du joug étranger vivaient dans les communautés familiales dites *Zadrougas*. Originellement il y avait un fonds immobilier de la zadrouga qui était inaliénable comme la zadrouga elle-même était impartageable. Ce fonds immobilier portait différents noms suivant les régions : *le fond constant de la zadrouga* (postoïni imetak), *stozer*, *starina*, *bachtina*, *temelj* (2). Toutes ces expressions contiennent une idée de la nécessité de conserver une catégorie de biens indispensables à l'existence de la zadrouga, à savoir : des maisons d'habitation,

(1) « La propriété foncière était le véritable signe de la puissance et de la fortune. Les meubles, au contraire, étaient considérés comme choses de peu de valeur, parce qu'ils n'étaient pas durables ». (*Op. cit.*, p. 221, CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*).

(2) V. BOGUIGHITCH, *Matériaux en réponse à des questions de droit tirées de différents pays slaves du Sud*, p. 21 et s.

des garde-manger, des terres arables, des prairies, des pâturages, des vignobles, etc. ; et puis, différents bestiaux : des bœufs, des chevaux, des chèvres, des ânes, etc. (1). Les zadrougas de bonne réputation doivent laisser intangible le fonds commun, sans en aliéner la moindre portion, et en assurer la transmission totale à la descendance masculine. Il était même honteux et blâmable de vendre des biens qu'on tient des aïeux ; ce qu'il était permis d'aliéner, c'étaient les fruits et les acquêts, mais cela même avec le consentement de tous les zadrougars et seulement en cas de besoin (2). *N'est-il pas évident que le fondement de cette inaliénabilité réside dans la destination du fonds commun à la conservation et à la prospérité de la zadrouga.*

Les rédacteurs du Code civil qui étaient légistes autrichiens portèrent en Serbie les plus funestes coups à la zadrouga (3) : ils la rendirent partageable et son fonds commun aliénable. Mais, malgré tout, par des remaniements postérieurs, on a établi des restrictions en faveur de la zadrouga, sinon absolues comme celles du droit coutumier, du moins relatives et représentant, en effet, un moyen assez efficace pour paralyser en quelque sorte la désagrégation de cette collectivité familiale. Ces restrictions sont contenues dans un complément du 28 novembre 1859 ajouté au § 529 du Code civil : « La zadrouga est tenue d'entretenir les filles restées dans la zadrouga et de les marier convenable-ment. Les enfants du sexe féminin du défunt, mort dans la zadrouga sans avoir laissé d'enfants masculins, ont un droit de succession sur la quote-part qu'avait leur père dans le patri-

(1) *Op. cit.*, p. 24.

(2) *Id.* *Op. cit.*, p. 25

(3) En Croatie-Slavonie, ce coup fut porté quelques années plus tard.

moine commun ; cependant la zadrouga a le droit de leur payer en argent, d'après l'estimation leur part successorale, mais seulement au cas où cette part consisterait en biens immobiliers. Cette disposition complémentaire avait pour but de conserver les biens immobiliers dans la zadrouga. C'est une survivance de ce principe du droit coutumier d'après lequel, tant qu'il y a dans la zadrouga des têtes masculines, le fonds commun indispensable à son existence, ne doit dans aucun cas sortir de cette communauté.

En matière de droit légitimaire, notre fondement se révèle aussi clairement que dans le cas précédent. Nous avons déjà vu que les jurisconsultes romains considéraient le droit légitimaire comme une continuation naturelle et légitime de la propriété de la tribu, ou comme l'accomplissement du devoir public dont le testateur est chargé en sa qualité de lieutenant du magistrat. On fondait aussi le droit de réserve sur le respect de la société pour la dernière volonté supposée du défunt ; ou sur le lien mystique du sang ; ou sur un devoir d'affection. Mais tous ces arguments sont faux. La vraie raison de conserver le droit légitimaire se trouve dans l'égard pour la paix intérieure de la vie de famille et pour son unité comme étant ce qui devrait amener à exiger le même droit pour tous les enfants. *Les biens réservés sont donc affectés à la conservation de la famille. C'est dans cette destination que réside le fondement du droit de réserve.*

Dans le droit féodal de nombreuses restrictions aux actes de disposition étaient destinées à maintenir la puissance des familles et la splendeur de leur nom aussi bien que divers droits féodaux. D'où le retrait lignager, le retrait féodal, les fidéicomis, la main-morte. Holdsworth s'exprime en ces termes sur les causes des restrictions dans le droit féodal anglais : « Le pouvoir d'aliéner librement la terre au XII^e siècle était déterminé par

deux sortes de causes (by two sets of causes) : d'abord il y avait certaines restrictions imposées dans l'intérêt des héritiers présumptifs ; et ensuite, il y en avait qui étaient imposées dans l'intérêt du maintien des droits et des devoirs compris dans les relations entre les lords et les roturiers » (1). Le fondement de toutes les restrictions réside donc dans la destination dont elles étaient affectées en vue d'atteindre un but inhérent à l'organisation féodale. Il ne fallait que mettre à néant cette organisation pour déroger à toutes les restrictions tissées, pour ainsi dire, dans le système féodal.

27, 28. Les restrictions d'aujourd'hui sont affectées aux autres buts déterminés par le système moderne de l'organisation sociale et économique. Il y a deux tendances générales qui ont décidé les législateurs des différentes nations à prescrire diverses restrictions aux actes de disposition en matière de propriété foncière. Ce sont les tendances relatives à la protection des familles et de la petite exploitation agricole contre les éléments funestes et destructifs inhérents au système moderne. Ces restrictions se révèlent dans la forme du bien de famille ou de Homestead dans le sens le plus large de ce mot. Dans le droit serbe cette institution s'appelle l'*Okoutchyé*. « La question du Homestead demeura complètement inconnue aux sociétés anciennes et du moyen-âge pour deux raisons : 1° On ne pouvait nier que le meilleur moyen d'empêcher des individus « d'enfoncer dans les dettes » ne soit de supprimer pour certaines occasions d'emprunter. Telle était précisément la situation des sociétés anciennes. Le crédit est de nécessité moderne ; il est né du progrès des méthodes qui a rendu inévitable un outillage coûteux et sans cesse renouvelé, dont l'achat exige des capitaux souvent considérables. 2° A cette première raison qui est

(1) W. S. HOLDSWORTH. *A. history of English law*, v. III, p. 65.

évidente, il convient d'en ajouter une seconde. L'usage imprudent du crédit et l'endettement progressif avec la saisie pour terme ne sont pas les seules voies qui conduisent un petit propriétaire à la perte de son avoir immobilier. Il y a aussi la vente, l'aliénation volontaire, consentie par imprévoyance ou prodigalité. C'est ici qu'intervient l'organisation générale de la propriété qui, en rendant indisponible entre les mains de l'individu la terre qu'il possède, le préserve par là même du danger auquel son inaptitude naturelle l'exposerait ». (1) En Europe, c'est une multitude de lois où l'on découvre le désir général de rattacher l'homme au sol, de lui en assurer la possession ainsi qu'à sa famille. Mais la physionomie juridique de l'institution de Homestead n'est pas la même dans toutes les législations, malgré l'analogie de l'idée fondamentale. Sa structure juridique varie suivant que le législateur s'occupait plus ou moins de l'idée de crédit agricole, et suivant qu'il avait pour but de prévenir le morcellement de la terre, d'en assurer l'acquisition ou d'en garantir la possession permanente. Le droit du Homestead emporte des restrictions *insignifiantes et relatives* si le législateur s'est simplement occupé de faciliter au paysan l'acquisition d'un bien de famille, mais s'il lui en a encore garanti, dans une certaine mesure, la conservation, l'institution du Homestead entraîne des restrictions plus absolues et rigoureuses, comme cela existe en Russie et en Roumanie. Il y a des législations, où le législateur ne s'est occupé que de l'acquisition du bien et de sa transmission héréditaire, et ces législations n'entraînent presque aucune restriction. Nous rencontrons cette espèce de Homestead dans le droit allemand. Un autre type de homestead se trouve dans la législation Suisse qui est relative simplement à la transmission héréditaire. Non seulement on ne facilite plus au pay-

(1) V. BUREAU. *Homestead*, p. 243 et s.

san l'acquisition du bien, mais on ne lui en garantit même, en rien, la conservation. Pour lui aucune législation de faveur ; il reste dans le droit commun. Mais les législations qui s'occupent de la conservation du bien créent un type de homestead de nature à apporter des restrictions plus ou moins absolues aux actes de disposition. Ce type de homestead a deux variantes suivant que cette institution est créée à *titre obligatoire* ou à *titre facultatif*. Si le homestead est à titre facultatif, la restriction est relative. En France chaque propriétaire, chef de famille, peut recourir au régime de l'insaisissabilité, étendre à sa maison la protection si sage accordée déjà pour les objets de première nécessité, *mais aucun n'est forcé de le faire*. L'interdiction de l'hypothèque ou de l'aliénation du homestead américain n'est et ne pouvait être que relative, étant données les tendances et les idées de ce pays de liberté et de progrès qu'est l'Amérique (1). Elle consiste en ce que, pour tous actes autres que ceux d'administration ou d'entretien, le conjoint propriétaire qui veut aliéner, hypothéquer ou même donner à bail le homestead, a nécessairement besoin du consentement de son conjoint, lequel doit être donné, au plus tard, au moment même du contrat. Si c'est le mari qui est propriétaire, la signature de sa femme attestant son consentement et mise au bas du contrat doit être certifiée devant un *notaire* public pour bien établir son authenticité et la liberté du consentement (2).

29. Dans la Serbie d'avant-guerre l'institution du homestead dit *Okoutchyé* était non seulement créée à *titre obligatoire*, mais même considérée comme une des institutions fondamentales, car elle assurait à la fois la stabilité de la famille et le maintien de la petite propriété. La loi d'okoutchyé est

(1) V. JEAN GRANIER. *Le bien de famille*, p. 27.

(2) JEAN GRANIER. *Id.*, p. 28.

encore applicable sur le territoire intégral de la législation serbe, mais son extension sur le territoire de la Yougoslavie n'est pas effectuée, et c'est une question dont la solution se heurte à des obstacles les plus différents. La restriction du droit d'aliéner qu'entraîne *l'okoutchyé* est la plus absolue qu'on puisse trouver dans les législations européennes. Le législateur serbe, en cette matière, ne s'occupait point de l'idée de crédit agricole et ne visait que la conservation du bien entre les mains du paysan ; il voulait lui assurer une possession permanente de la terre.

30. *Toutes les restrictions qu'entraînent les différents types de homestead ont leur fondement dans la destination de la propriété qui est de protéger la famille, l'agriculteur, la petite exploitation agricole, ou aux termes de Bureau, d'accorder la protection de la propriété du petit et de l'humble, et cette protection est à tel point la conséquence nécessaire du système agraire que jamais il ne s'est rencontré de prolétariat agricole dans les pays qui l'ont pratiquée dans toute sa pureté.* César a eu une vue très nette de ce résultat et il l'a exprimée avec une grande précision dans des termes que ne désavouerait pas le meilleur des disciples d'Adam Smith. A la suite du texte rapporté plus haut, il ajoute ces mots : « Ils (les Germains) invoquent bien des raisons pour légitimer ce partage annuel des terres : la crainte que les hommes ne perdent, par la continuité des travaux agricoles, le goût de la guerre, ou qu'ils ne s'appliquent à étendre les limites de leurs champs et que les plus puissants ne chassent les plus petits de leurs terres, ou encore que le désir (de la richesse) ne se développe, ce qui engendre les factions et les discussions, enfin, ils y voient le moyen de contenir le peuple, par le sentiment de la justice et de l'égalité.

té, puisque chacun voit sa fortune égaler celle des plus puissants ».(1)

31. En somme, en se bornant au domaine du droit privé serbe, les restrictions se divisent suivant leur fondement en cinq catégories : 1^o) *Restrictions établies dans l'intérêt de la petite exploitation agricole* ; — 2^o) *Restrictions établies pour assurer l'assemblage des fonds* ; — 3^o) *Restrictions établies pour conserver les immeubles dans la communauté de la zadrouga* ; — 4^o) *Restrictions imposées dans l'intérêt des héritiers réservataires*. Ces restrictions constituent les éléments essentiels de la notion de la propriété à destination sociale qui se révèle du droit positif serbe (2).

Parmi ces restrictions énumérées, il y en a qui sont susceptibles de protéger simultanément la pluralité des intérêts sus indiqués. Le droit de préemption légale n'assure pas seulement l'assemblage de fonds, mais encore, quelques conditions réunies, la conservation des biens dans la famille et dans la zadrouga. La propriété d'okoutchyé n'est pas destinée seulement à protéger la petite exploitation agricole, mais encore à protéger la famille rurale, à la différence du droit de réserve et du retrait lignager qui se fondent sur la protection de la famille en général nonobstant son caractère rural ou urbain. Mais la troisième catégorie de restrictions est destinée à protéger exclusivement les intérêts de la zadrouga. Ces restrictions représentent un vestige du droit coutumier relatif à l'inaliénabilité du fonds commun de la zadrouga.

Le fondement des restrictions ainsi dégagé, les grandes lignes de notre plan en sont par avance tracées. Ce fondement nous explique suffisamment pourquoi le législateur serbe a li-

(1) V. BUREAU. *Homestead*, op. cit., p. 349.

(2) Quant aux restrictions destinées spécialement à protéger la dot, elles n'existent pas dans le droit serbe.

mité si rigoureusement le droit du propriétaire de disposer librement de ses biens et pourquoi la Constitution Yougoslave de 1921 a proclamé le principe *de la propriété-fonction* comme le principe fondamental du régime de la propriété foncière.

La multitude et la diversité des restrictions que nous avons à étudier rendent notre tâche difficile et délicate. D'abord comment dégager de ces nombreuses et différentes restrictions leur caractéristique commune ? La première partie est destinée à résoudre cette question par un procédé de déduction et d'induction des principes fondamentaux. Les restrictions à l'égard de ces principes sont ou contradictoires ou exceptionnelles, et cela leur donne une caractéristique commune qui laisse ses traces dans l'application judiciaire, ou ces restrictions sont en harmonie avec les principes, ce qui leur donne aussi une caractéristique commune qui n'est pas sans influence dans le domaine de l'application. Or, la première partie comprendra deux chapitres : dans le premier chapitre nous analyserons les différentes conceptions et les différents principes du droit de propriété ; dans le second chapitre nous ferons quelques observations sur l'intérêt pratique qu'une conception juridique peut avoir généralement et qu'elle a eu spécialement dans la jurisprudence française et serbe, en quelques cas pratiques. Nous déterminerons aussi toutes les exceptions que des textes et des décisions jurisprudentielles apportent à une solution rigoureusement déduite d'un principe donné. Ce que nous tenons spécialement à examiner dans le droit positif serbe, c'est le système des principes juridiques dans la matière de nos restrictions, et dans les autres matières. Quelques questions principales et préjudiciel-

les ainsi résolues, nous nous livrerons à l'étude particulière des restrictions susindiquées.

Notre seconde partie comprendra les restrictions légales. Le premier chapitre étudiera les restrictions comprises dans le droit d'okoutchyé ; le second, celles comprises dans le droit de préemption légale ; et le troisième celles comprises dans l'art. 529 C. civ. Nous essayerons de montrer le plus grand nombre d'arrêts qui ont influencé l'application des lois restrictives, soit dans le sens extensif, soit dans le sens limitatif.

Enfin, *dans notre troisième partie*, nous examinerons les restrictions volontaires. Le premier chapitre comprendra les restrictions aux actes de disposition imposées par les actes à titre gratuit ; le second, les restrictions aux actes de dispositions imposées par les actes à titre onéreux.

Cette étude des restrictions aux actes de disposition ne sera pas complète. Nous ne traiterons pas ici les restrictions du droit de réserve pour la raison que nous avons déjà dite. Nous n'engloberons pas même toutes les restrictions volontaires ; nous en traiterons seulement les principales, laissant de côté les restrictions résultant du droit de préemption conventionnelle qui devraient être comprises dans notre étude du droit de préemption légale, et les restrictions qu'implique le *pactum de retro emendo* — § 664 C. civ. En matière de ces dernières restrictions, insignifiantes et rarement rencontrées dans la pratique, il n'y a qu'à appliquer par analogie les principes qui seront dégagés des développements de ce travail.

PREMIERE PARTIE.

PRINCIPES FONDAMENTAUX DU SYSTEME DE LA PROPRIETE FONCIERE SERBE ET LEUR REPERCUSSION SUR LE DROIT DE DISPOSITION.

La législation serbe ne représente pas une unité de principes juridiques. Ce dualisme n'est pas le résultat d'un manque d'esprit logique ; il s'explique, d'une part, par une codification simultanée du droit autrichien et du droit coutumier qui se distinguent fondamentalement ; — le codificateur les a donc laissé subsister l'un à côté de l'autre sans se préoccuper d'en donner une synthèse ; — et, d'autre part, par une législation postérieure qui ne tenait pas compte des principes du système législatif adopté antérieurement et qui s'inspirait exclusivement de l'idée de protection sociale.

Ce sont ces deux systèmes superposés avec leurs principes fondamentaux que nous examinerons dans le premier chapitre ; tandis que nous démontrerons dans le deuxième chapitre le rapport qui existe entre les principes juridiques et leur application.

Bien entendu, la portée de cet exposé ne doit pas déborder le cadre de notre sujet, c'est-à-dire que nous devons nous intéresser à ces principes en tant qu'ils se rapportent à des restrictions aux actes de disposition.

D'ailleurs, en touchant à la question des restrictions aux actes de disposition nous touchons *nolens-volens* aux principes fondamentaux de l'organisation de la propriété foncière ; et ces principes ne sont pas sans influencer le droit de disposition. Cette influence se révèle surtout dans l'application judiciaire : nous verrons comment ces principes jouent un grand rôle en matière d'interprétation des dispositions légales et de validité de divers actes d'aliénation et des clauses d'inaliénabilité.

De même on ne peut pas passer sous silence certaines institutions qui ont déterminé de nombreuses règles restrictives au droit de disposition. Duguit dit avec raison que les principes supérieurs du droit dérivent du fait institution. Ce sont évidemment des règles et ils constituent l'essentiel du droit objectif. L'institution qui se forme naturellement et spontanément donne donc naissance au droit objectif. Elle est aussi le fondement de tout système juridique. (1)

Le rôle de l'institution jouant dans l'élaboration du droit positif serbe était surtout très grand. Nous n'avons pas l'intention d'analyser l'institution en elle-même ; nous voulons seulement la mettre en rapport causal avec quelques règles restrictives, et chercher en elle la justification et le fondement des décisions jurisprudentielles qui ne s'appuyant pas sur des textes formels de la loi. Ce rôle important était joué par la *zadruga* dont l'Encyclopédie Yougoslave nous donne la définition que voici : « La *zadruga* est la famille dans laquelle deux ou plusieurs personnes, issues d'un même proche ancêtre, parfois

(1) V. DUGUIT : *Les doctrines juridiques objectivistes*, *op. cit.*, p. 10.

même avec leurs parents, leur postérité et les membres adoptifs, vivent et travaillent en commun sur les biens indivis s'il y en a ».

Il faut aussi avoir en vue la théorie de Kesler d'après laquelle « le droit est exclusivement un ensemble de normes » il n'est que cela et il est cela dans tous les éléments qui le composent. Par conséquent il n'y a pas dans les conceptions juridiques, et ce qu'on appelle une personne juridique, depuis l'Etat qui est la personne juridique la plus compréhensive et la plus complexe, jusqu'à l'individu qui est la plus réduite et la plus simple, n'est qu'un système de normes. (1) Selon cette conception le droit de propriété ne serait qu'un ensemble de normes et, dès lors, toutes les restrictions représenteraient une situation tout-à-fait normale. Nous verrons que le législateur serbe avait conçu ces restrictions, non comme une atteinte au droit de propriété, mais comme des règles normatives, et cette conception objectiviste était plus tard consacrée par la constitution Yougoslave de 1921. Il va sans dire qu'une conception a une grande influence sur l'élaboration et l'application du droit. Le droit prendra la physionomie suivant le cerveau du législateur et son application tendra à se conformer aux principes fondamentaux sur lesquels le législateur a basé son système juridique.

(1) DUGUIT : *Les doctrines juridiques objectivistes*, p. 23.

CHAPITRE PREMIER

LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

§ I. — *Le principe de dualité dans l'application du régime de la propriété foncière.*

32. Sur le territoire du Code civil et de procédure civile serbe, la propriété foncière n'est pas soumise à un régime unitaire. Il y a donc deux régimes à distinguer : 1° *le régime de la propriété foncière rurale* ; 2° *le régime de la propriété foncière urbaine ou non-rurale*. Quel principe de ces deux régimes sera appliqué dans un cas concret, cela dépend de la profession que le titulaire du droit de propriété exerce : si le titulaire remplit toutes les conditions requises pour être agriculteur, on appliquera les principes de la propriété foncière rurale contenus dans le § 471 du Code de procédure civile ; si le titulaire ne s'occupe pas d'agriculture, on appliquera les principes contenus dans les §§ 211 et 213 du Code civil.

Ce dualisme est le résultat de la préoccupation du législateur serbe de protéger la famille paysanne et la petite exploitation agricole d'une part ; et de la nécessité de conserver quelques

institutions du droit coutumier, d'autre part. C'est pour cela qu'il avait passé outre aux principes fondamentaux dont est imbu le Code civil de 1844. A côté du système foncier du Code civil, il établit un autre système adéquat aux exigences de cette époque. Le § 471 du Code de procédure civile de 1865 servait de base à cette organisation particulière de la propriété paysanne. Subissant au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle différentes modifications, les dispositions du § 471 contiennent en effet des principes très originaux. La jurisprudence a contribué pour une grande part à la création de ce nouveau système. Elle comblait toutes les lacunes de la loi par des décisions appuyées plus sur des raisons tirées de la destination de la propriété paysanne que sur une interprétation stricte de la loi. C'est donc par cette collaboration du juge et du législateur qu'on a établi un régime qui représente un faisceau de rigoureuses restrictions aux actes de disposition. La jurisprudence allait jusqu'à admettre la présomption *jure tantum* en faveur de l'application des principes de la propriété foncière rurale. Cette présomption pèse sur tous ceux qui comparaissent devant le tribunal pour passer des actes translatifs de propriété ou des actes constitutifs de droits réels. Ce n'est qu'après la délivrance de la preuve contraire que les parties en cause peuvent invoquer l'application des principes du Code civil.

33, 34. La propriété foncière qui se base sur les principes du Code civil est de caractère quiritaire et absolu, puisque le Code serbe est la traduction du Code civil autrichien issu d'une période d'absolutisme conservatif, excepté certaines matières qui restent soumises à des principes du droit coutumier codifié, et, subsidiairement, du droit coutumier non-codifié. Ce n'est qu'en matière de droit coutumier qu'il y a des dispositions qui donnent une empreinte originale au droit positif serbe. La base du Code civil autrichien étant formée par le droit romain avec

les modifications qu'il avait endurées par *l'usus modernes pandectorum*, notre codification s'inspirait donc par une voie indirecte des sources romaines. Le droit du Code civil serbe n'est pas une synthèse du droit du Code civil autrichien et des droits coutumiers et écrits qui étaient en vigueur dans le pays avant la codification ; au lieu d'en faire une synthèse, le codificateur les place à côté l'un de l'autre, et c'est ainsi qu'on traça le chemin au développement des deux systèmes juridiques. L'un de ces systèmes est destiné à réglementer les rapports de la vie agraire caractérisée de petite exploitation, de traditionnalisme collectif et de satisfaction des besoins rudimentaires ; tandis que l'autre est destiné à réglementer les rapports de la vie citadine et moderne caractérisée d'une production machinisée, industrialisée et créditée. Aux premiers jours de l'existence autonome de l'Etat serbe, les rapports qu'entraînent le commerce et l'industrie n'existaient presque pas, et par conséquent, les principes de la propriété du Code civil n'avaient pas une application aussi large qu'aujourd'hui. Plus les éléments de la production moderne s'infiltrèrent dans la vie économique de notre pays : l'application des principes occidentaux s'impose en matière de propriété foncière tendant à prédominer celle du § 471 C. du proc. civ. On ne sait pas encore si le conflit de ces deux systèmes opposés se terminera par une solution compromissaire ou par le triomphe de l'un d'eux.

35, 36. Ce dualisme ne se révèle pas seulement en matière de propriété foncière, mais il subsiste encore en matière de rapports de famille et de succession. D'après le Code civil il y a deux formes de familles : la *zadruga* et la *famille dite inokosna*, et, dès lors, deux systèmes successoraux : celui applicable à la *zadruga* et celui applicable à la famille *inokosna* ; et ensuite, comme suite logique de ces deux communautés familiales, la *propriété de la zadruga* et la *propriété individuelle* dont

le titulaire est le chef de la famille *inokosna*. Ce sont deux formes de propriété opposables l'une à l'autre par leurs conceptions et leur organisation distinctes. Cette distinction résulte de leur affectation : l'une est *d'affectation sociale* et l'autre *d'affectation individuelle* ou *personnelle*. Tandis que l'une est destinée à satisfaire exclusivement les besoins personnels et individuels, l'autre est destinée à satisfaire les intérêts de certaines unités collectives.

La zadrouga est la forme familiale propre aux Slaves du Sud et le codificateur la consacra avec quelques modifications favorables à sa désagrégation ; mais, à côté d'elle, il institua la famille romaine telle qu'il l'a trouvée dans le Code civil autrichien. La zadrouga est la forme la plus fréquente des familles rurales ; la famille romaine est le type des familles urbaines. Nous avons assimilé la famille *inokosna* à la famille urbaine, puisque le législateur n'a pas prévu une troisième forme de famille. Nous sommes amenés à constater ici ce fait important que les chapitres cités en dernier lieu contiennent les dispositions applicables à tous les rapports quels qu'ils soient de famille et de succession ; mais que la zadrouga seule à laquelle un chapitre spécial est consacré se trouve naturellement exceptée de ces dispositions générales. Il semblerait donc que le chapitre XV étant exclusivement consacré et applicable à la zadrouga, l'*inokochtina* dût être soumise aux dispositions concernant la famille urbaine en général (1). L'éminent juriste yougoslave M. Boguichitch n'est pas d'avis que l'*inokochtina* est assimilable à la famille urbaine ou romaine, du moins celle-ci n'existait pas dans le droit coutumier yougoslave (2). Concluons donc et disons que la faiblesse numérique qui fait classer une famille vil-

(1) BOGUICHITCH : *De la forme dite « inokosna »*, p. 20.

(2) BOGUICHITCH : *De la forme dite « inokosna » de la famille rurale chez les Serbes et les Croates*, p. 27 et suiv.

lageoise dans la catégorie de l'*inokochtina* n'en fait pas, pour cela, une famille individualisée, et qu'elle ne permet pas de conclure à une différence de nature entre elle et la *zadrouga*. La seule conséquence de cet état de l'*inokochtina* est que les règles qui déterminent les rapports *interfamiliaux* dans la *zadrouga* demeurent *in statu latenti*, pour reprendre leur action toute naturelle et recevoir leur application pleine et entière dès que la communauté de famille croissant, se développant, arrive à compter plusieurs couples (1).

37. Ce dualisme, à la différence du dualisme qui existe en matière de propriété foncière, ne rend pas une forme de famille privilégiée en faveur d'une catégorie de personnes. Comme nous l'avons déjà vu, en matière de propriété foncière rurale, les agriculteurs sont exceptés des dispositions du Code civil relatives aux prérogatives du droit de propriété ; il leur est même défendu de se soumettre volontairement à l'empire du Code civil. Tous les actes conclus en violation de la prohibition sont frappés de nullité absolue. Quant aux formes familiales, le paysan aussi bien que les citadins sont admis à stipuler comme ils le veulent, et à invoquer, dès lors, les statuts de famille suivant la forme qu'ils ont choisie. Il en résulte que la propriété de la *zadrouga* est une forme FACULTATIVE, tandis que la propriété foncière rurale dite la *propriété d'okoutchyé* est une forme OBLIGATOIRE pour toutes les personnes dont la profession est l'agriculture. Mais ce qui est commun à ces deux formes de propriété, c'est l'idée d'affectation sociale qu'elles impliquent toutes deux.

De tout ce qui précède on peut conclure que le Code civil en tant qu'il fait partie du Code civil autrichien représente un système juridique basé sur les principes du droit romain, et en

(1) *Id. Op. cit.*, p. 34.

tant qu'il fait partie du droit coutumier et avec la législation postérieure à sa promulgation en 1844, il représente un système juridique particulier basé sur les principes propres aux institutions du droit coutumier et correspondant aux buts que le législateur se proposait d'atteindre dans la réglementation des matières respectives. Dès lors toutes les restrictions aux actes de disposition sont déterminées par l'application de l'un ou de l'autre système.

38. D'après le premier système, il n'y a que des restrictions aux actes de disposition imposées, en tant qu'elles sont permises et prévues par la loi, par les actes à titre gratuit ou à titre onéreux. Les restrictions du système du droit coutumier et de la législation postérieure sont comprises dans le droit de préemption légale, dans le droit de réserve, dans le droit d'okoutchyé et le droit que les membres de la zadrouga tiennent du § 529 du Code civil. Nous avons vu dans l'introduction que, d'après le droit coutumier, le fond immobilier de la zadrouga dit *postoini imetak* était inaliénable ; mais le codificateur lui enleva cette attribution, et il n'en reste aujourd'hui que quelques vestiges très pâles.

En un mot, sous le principe de dualité en application du régime de la propriété foncière, il faut entendre d'un côté, le principe de la propriété individuelle, et d'un autre côté, le principe de la propriété à différentes destinations sociales. Le premier principe se caractérise par son subjectivisme, et le second par son objectivisme ; l'un est contenu dans le Code civil serbe en tant qu'il représente la compilation du Code général autrichien ; l'autre dominait la législation originaire serbe jusqu'à ce qu'il fut consacré par la Constitution yougoslave de 1921.

§ 2. — *Les principes subjectivistes du Code civil serbe en tant qu'il représente la compilation du Code général autrichien.*

39. Avant la codification de 1844 les principes subjectivistes du droit occidental n'étaient pas connus des Slaves du Sud. Leur droit coutumier ne représentait pas — et c'est la caractéristique de tous les droits coutumiers — une suite strictement logique des principes posés *a priori* : il n'était qu'un ensemble de règles des réalités sociales et formées dans la conscience juridique du peuple. Le règne séculaire des Turcs a rendu cet état *stationnaire*, et il se maintint ainsi pendant des siècles. « Il y a quatre siècles, une sorte d'éruption volcanique s'échappa de ces plateaux de l'Asie qui ont déjà déversé sur l'Europe tant de tribus barbares. La lave turque se répandit sur la presque île des Balkans, et la couvrit jusqu'au Danube et la mer Adriatique. Les plaintes et gémissements éclatèrent en Europe, comme au jour où la cendre ensevelit Pompéi dans l'empire romain. La civilisation chrétienne était morte dans les Balkans, du moins où le croyait. Bien au contraire c'est grâce à cette invasion protectrice qu'elle s'est conservée jusqu'au XIX^e siècle. Les Turcs ne détruisirent pas en effet l'organisation sociale des nations soumises. Ils leur laissèrent leur religion et leurs lois et se contentèrent de les soumettre à un tribut ; mais ils surent ainsi les protéger contre l'envahissement des idées et des légistes de l'Occident à mesure que s'amenuisait l'enveloppe dont les institutions musulmanes avaient recouvert cette partie de l'Europe, nous distinguons les formes de l'ancienne organisation sociale dont l'islamisme en dépit de certaines modifications naturelles a même contribué à fixer le type (1). Pendant ces temps pri-

(1) *Réforme Sociale*, p. 146, T. I, sér. 2 1886.

mitifs, l'élément social prédomine dans la propriété foncière. Le sol est un domaine collectif qui appartient à la tribu ; les individus n'en ont que la jouissance temporaire (1). Mais depuis que la Serbie avait obtenu une certaine indépendance législative, l'Autriche commença à y étendre son influence et à introduire à l'aide de ses légistes, le germe dissolvant des codifications occidentales. Les antiques mœurs slaves résistaient énergiquement à cette action étrangère ; mais cette lutte entre la coutume et le droit écrit n'était pas douteuse et devait se terminer par le triomphe des novateurs.

40. C'est ainsi que les principes individualistes se logèrent dans le Code civil serbe et que la propriété se basa sur un droit absolu de disposition, un droit de propriété individuelle illimitée en principe et tout à fait étrangère au droit coutumier serbe qui ne connaissait qu'une propriété familiale. Ces principes étaient destinés à servir de base à une nouvelle société civile, à une société bourgeoise, à une société de libres propriétaires dont la propriété serait libérée de toutes les entraves propres au régime féodal ou au régime familial ou patriarcal. Ils supposent un droit de propriété qui se fonde sur le droit de l'homme de développer et d'épanouir ses propres facultés naturelles qu'il possède par la naissance (2). Par cela même que le proprié-

(1) V. LAVALAYE, *De la propriété et ses formes primitives*, préface, p. XXV éd. 1891.

(2) Ces droits que l'homme apporte en naissant sont d'abord, sa personne même, qui est en lui le droit formel et vivant, d'où dérivent tous les autres droits. La personne, nous l'avons montré, a droit de la part de tous à un respect absolu : d'abord et avant tout dans ce qui la constitue essentiellement, c'est-à-dire dans les trois facultés primordiales de l'âme humaine. Il faut que l'*intelligence* soit respectée dans son commerce avec la vérité éternelle ; elle a droit à la vérité. La *volonté* doit être respectée dans son adhésion au bien absolu ; elle a droit à la vertu. La *sensibilité* enfin a le droit de ne pas être privée des satisfactions

taire a le droit d'épanouir et de développer sa personnalité humaine, il a le droit de se prétendre un maître absolu de tous les moyens qu'il possède licitement en vue d'atteindre ce but.

« L'individu devient donc propriétaire des objets extérieurs par la même raison qu'il est propriétaire de soi-même » (1). Ainsi fondé sur le libre développement de la personne le droit de propriété s'est attribué l'absolutisme le plus rigoureux, et, dès lors, toutes les restrictions qui y sont apportées sont considérées comme une atteinte à son pouvoir absolu. Ayant pris jour au temps de l'esclavage féodal, cette conception représentait la plus violente attaque contre l'organisation féodale et son asservissement personnel. Car la liberté des personnes entraînait la liberté des terres, puisque c'est en subordonnant les terres des vassaux que l'on avait asservi les hommes. Le but de la doctrine du droit naturel est de résister à l'oppression. « Le droit naturel est supérieur, s'impose à tous, s'impose même aux souverains qu'il domine et à qui il commande. L'autorité n'est reconnue à un souverain qu'en vertu d'une sorte de délégation de ses sujets. Et l'étude critique de Grotius va jusqu'à l'analyse très serrée, très prenante de ce que l'on appellera dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen *la résistance à l'oppression*. Grotius avait des raisons particulières d'analyser principalement cette notion ayant payé de sa personne, par une condamnation à la prison perpétuelle à laquelle il put se soustraire par l'évasion et l'exil, la liberté de conscience (2). La liberté absolue de dis-

du *Beau* par l'intelligence, le développement des instincts moraux et le bonheur intérieur, qui est la récompense de la volonté droite. Toutes ces facultés ont droit à la liberté pleine et entière dans leur exercice le plus élevé ; elles doivent être protégées dans l'enfant comme dans l'homme fait, contre les attentats divers dont elles peuvent être l'objet (Boistel, *Le cours de philosophie du droit*, p. 189).

(1) FOUILLÉE : *La propriété sociale*, p. 12.

(2) LÉVY-ULMANN : *Cours de droit civil approfondi*, 1927-28, op. cit. 157.

poser des biens n'est donc que la suite logique de ce mouvement pour l'égalité entre les hommes et la liberté individuelle.

41. Bien que le Code civil serbe se soit modelé sur le Code civil autrichien de la période de l'absolutisme conservatif, il n'en a adopté que les principes individualistes en réfutant toutes les institutions aristocratiques, à savoir : les fiefs et les fidéicom-mis, lesquels ne furent abolis en Autriche que dans la période du libéralisme par les lois du 12 mai 1869 relative à l'abolition des fiefs et la loi du 13 juin 1868 relative aux fidéicom-mis. Le fait que ces institutions ont été écartées du Code civil serbe tenait à ce que ses auteurs légistes autrichiens, étaient de grands partisans de la théorie individualiste et que ces institutions étaient très méprisées en Serbie dont la Révolution de 1804 proclama le principe de la liberté des terres. Le paysan serbe ne se souleva contre les Turcs que pour se libérer des charges féo-dales qu'imposaient les *sipâhi*, les *soubaches* et les autres seigneurs usurpateurs. « Il est incontestable qu'une grande analogie existe entre les assignations de revenu et le régime de la Féodalité Occidentale, et les pouvoirs de police assez étendus, ainsi que le droit du *sipâhi* d'exiger des corvées et de frapper d'amendes ne sont pas sans rappeler les droits similaires des seigneurs féodaux » (1). L'abolition de ces fiefs turcs connus sous les noms de *timare*, *ze'amète* ou *khâsse* est consacrée par le § 213 du Code civil, où le législateur en interdisant leur restauration proclame le principe du droit illimité de la propriété foncière. Le § 216 précise tous les droits qu'un propriétaire a sur la chose et envers les tiers. Ce paragraphe est la traduction du § 362 du Code général autrichien qui dit : « En général, celui qui a la propriété parfaite d'une chose peut en

(1) DIRON LOUSSARARD : *L'histoire et la théorie de la propriété foncière dans le droit public ottoman*, p. 88.

vertu du droit qu'il a de disposer librement de sa propriété, se servir de sa chose à volonté ou la laisser sans emploi ; il peut la détruire, la transférer à d'autres en tout ou en partie ou s'en dépouiller sans condition, c'est-à-dire l'abandonner ». Ce qui est à remarquer c'est que le Code général considère le droit de disposition comme l'élément essentiel du droit de propriété. « Considérée comme un droit la propriété est la faculté de disposer suivant sa volonté de la substance et des produits d'une chose, et d'en exclure toute autre personne » (art. 354). La même conception se dégage des textes formels du Code civil serbe. En dehors des paragraphes que nous venons de citer on peut en invoquer d'autres à l'appui de cette opinion. Le § 211 définit la propriété comme le droit absolu de disposer des choses ; le § 214 déclare ce droit en principe illimité et n'admet d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi.

42. Cette conception de la propriété se rapproche de la conception *classique et traditionnelle* : le droit de disposer est un élément essentiel de la propriété ; il fait donc corps avec elle. Si l'on apporte quelques restrictions à ce droit de disposer librement de ses biens, il faut les considérer comme des exceptions au principe, et on dit, dans ce cas, que la propriété est *imparfaite*. Cette propriété subit des restrictions et par ce trait elle se distingue d'une propriété *parfaite* dont le droit de disposition est resté intact. Les restrictions, qu'elles soient légales ou volontaires, mutilent la propriété et la rendent imparfaite. C'est une conception de toutes les traditions doctrinales. Tous les juristes anciens ou modernes, ont jusqu'à ces jours, en énumérant les différentes facultés que comprend ou peut comprendre la propriété, indiqué comme une des plus importantes, la faculté d'aliéner la chose et de la grever de droits réels. Aubry

et Rau, Demolombe, Pothier et d'autres sont formels sur ce point.

Mais il y a une autre conception tout-à-fait opposée à la conception traditionnelle. Cette nouvelle conception n'admet pas que le droit d'aliéner soit compris dans le droit de propriété : celui-là doit donc être chose indifférente à celui-ci. Il convient donc de rattacher le droit de disposer à une faculté distincte de nos droits patrimoniaux. Cette hypothèse est la seule satisfaisante au point de vue logique. En France elle a été nettement formulée par M. Planiol. « En lui-même le droit de propriété n'autorise que les actes matériels de jouissance ou de consommation... Ceux-là seulement forment l'objet du droit. Les actes juridiques se bornent à opérer le déplacement total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer ; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, la faculté de céder son droit ». M. Planiol remarque ensuite que la possibilité de disposer juridiquement de son droit en l'aliénant n'est nullement caractéristique de la propriété. Ce caractère de cessibilité est commun à tous les droits réels, sauf un petit nombre d'exceptions. Sur ce point il y a une variante d'opinion. D'accord sur ce point que le droit de disposition n'est pas la caractéristique de la propriété, les promoteurs de la nouvelle conception ne sont pas du même avis quand il s'agit de savoir à quelle catégorie juridique il faut rattacher cette faculté distincte de disposer.

Selon Planiol, c'est une prérogative générale de tous les droits réels, à savoir : l'hypothèque, l'usufruit, etc. Si l'on poussait cette conception un peu plus loin on aboutirait inévitablement à rattacher la faculté de disposer à tous les droits de créance. Si l'hypothèse de Planiol est fondée, le droit de céder une créance aussi bien que celui de vendre une chose relève d'une faculté distincte du droit dont on dispose. Tout ce qu'il y a de nouveau dans la théorie de Planiol c'est qu'il a rendu

le droit de disposition propre à tous les droits, sauf un petit nombre d'exceptions. Dès lors, le *jus abutendi* n'aurait plus été l'attribut essentiel et spécifique du droit de propriété ; il aurait été *attribut* du droit de propriété aussi bien que de tous les autres droits.

L'autre variante de cette conception va jusqu'à envisager le droit de disposer comme une prérogative de la *personnalité juridique* (1). Au XVIII^e siècle, on l'eût appelé un droit naturel ou un droit de l'homme. Suivant une terminologie plus moderne c'est un *droit public*. D'après cette variante, le droit de disposer est donc rattaché à des prérogatives de la personnalité juridique. Les droits du patrimoine n'ont de réalité juridique que s'ils s'attachent à quelque objet concret, prétend Fernand de Vicher, à telle chose ou à tel acte. La propriété par exemple est une idée abstraite, et n'est un droit pour personne. Les droits publics, au contraire, sont des virtualités, des pouvoirs dont la réalité est indépendante de toute manifestation. Le droit de disposer n'est que l'un des aspects du pouvoir ou de la capacité d'agir juridiquement. Ce pouvoir, continue M. Fernand de Vischer, ne saurait s'exercer sans limiter le champ des possibilités qui s'ouvre à lui. Il ne s'annihile point, ne se diminue point, mais sa liberté se trouve réduite.

43. Toutes ces conceptions, malgré leurs traits distincts, ont un fondement commun : *elles se fondent sur un droit naturel et subjectif*. Que la faculté d'aliéner soit l'élément intrinsèque du droit de propriété ou de tous les droits réels, et ensuite, qu'elle soit rattachée à la personnalité juridique, toutes ces conceptions sont incompatibles *a priori* avec n'importe quelles restrictions apportées au droit de disposition, et dès lors, pra-

(1) V. Fernand de VISCHER du « *jus abutendi* », article publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil* 1913, p. 342 et suiv.

tiquement elles aboutissent aux mêmes résultats. C'est pour cela qu'il est indifférent au point de vue pratique que ce soit l'une ou l'autre nuance de la conception subjectiviste qui ait inspiré le législateur.

44. Le Code civil serbe ne contient pas seulement un concept individualiste de la propriété ; mais encore des concepts individualistes quant à des échanges des biens et à des libertés individuelles. Le principe de la libre circulation des biens est contenu dans le § 27 du Code civil qui est conçu dans les termes suivants : « Le maître des biens a le droit d'en disposer ». Ce paragraphe correspond à l'article 537 du Code civil français qui dit : « Les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent, sous les modifications établies par les lois ». Notre Code civil proclame aussi le principe de l'autonomie de la volonté dans le § 13 aux termes duquel « La volonté et les dispositions de l'homme tiennent lieu de loi, mais à défaut d'elles, c'est la loi qui les remplace ». Il n'en est pas de même en ce qui concerne *l'ordre public* et les *bonnes mœurs* qu'il est interdit d'atteindre par la volonté ou la convention ». Sous la poussée des idées de solidarité, de crédit public, de protection des faibles, bref, dans un intérêt social, cette autonomie de la volonté a subi de nombreuses restrictions par la législation sociale d'après-guerre. L'application des principes du Code civil que nous venons d'exposer n'est pas seulement restreinte par cette législation sociale, mais encore plus par la législation agraire et originale qui date de la seconde moitié du XIX^e siècle, et qui s'étant fait superposer au système juridique du Code civil a rendu celui-ci applicable, selon le principe de dualité juridique déjà démontré, exclusivement dans le domaine des affaires de caractère bourgeois et urbain. Il nous reste donc à examiner maintenant les principes de cette législation originale qui n'est point exceptionnelle à l'égard du Code civil, mais qui

s'est développée à côté, ou pour mieux dire au-dessus de celui-ci, étant favorisée par la jurisprudence aussi bien que par le législateur.

§ III. — *Les principes objectivistes de la législation originaire serbe et de la Constitution yougoslave de 1921 relatives au régime de la propriété foncière.*

A. — *Le positivisme juridique en général et la définition de la propriété-fonction.*

45, 46. Les doctrines objectivistes sont opposées aux subjectivistes par leur méthode d'interprétation des phénomènes juridiques. Une conception objectiviste n'admet ni le droit divin émanant de Dieu, ni le droit dissimulé dans la nature, ni le droit sanctionné par le contrat social : elle admet seulement le droit comme étant le produit de diverses réalités. Elle part de l'observation de ces réalités et elle n'admet pas d'autre méthode. Elle s'attache à la vie mais fait remarquer que celui-ci est non seulement externe et matériellement visible, mais encore interne sous la forme des intangibilités psychiques (1). Ce sont ces réalités qui forment l'objet de l'observation et qui déterminent les règles juridiques. Il y a des réalités idéales, des réalités historiques, des réalités sociales, des réalités économiques. Toutes ces réalités réunies font la substance du droit en général. Selon cette conception la propriété n'est pas autre chose qu'une institution destinée à remplir des fonctions dont elle est affectée par le législateur. Ses fonctions sont diverses suivant le moment de l'évolution historique où l'on se place. Cette conception admet que la propriété soit destinée à poursuivre des buts personnels

(1) EDMOND PICARD : *Le droit pur*, p. 297.

aussi bien que des buts collectifs ; mais plus le droit de propriété contient d'éléments personnels, plus il est absolu et illimité, et inversement. « Quel est donc l'élément nouveau que comporte cette notion relativement récente, d'une propriété d'affectation. S'il est vrai comme on l'a récemment soutenu avec beaucoup de force, qu'il n'y a pas à proprement parler de droits naturels, que tous les droits impliquent des rapports entre les hommes, sont l'œuvre de la société qui les crée pour une certaine utilité, en vue d'un certain but qu'elle se propose, il est vrai de dire, dans un certain sens, que toute propriété est une propriété d'affectation. Seulement à mesure qu'une civilisation progresse cette notion d'affectation est appelée à évoluer. Sensible d'abord aux notions concrètes, le législateur primitif voit ces deux choses : l'homme et l'objet matériel ; il les rapproche ; il établit un rapport de droit ; il met la chose au service de l'homme. Il assigne comme but social au droit de propriété qu'il établit sur l'objet, l'utilité de l'homme qui est titulaire de ce droit. Et parce que cet objet n'a plus dès lors d'autre fin, au point de vue social, que de servir à l'utilité de son propriétaire, il faut que celui-ci puisse en jouir et en disposer de la façon la plus complète. Ainsi s'explique le caractère absolu de la propriété individuelle qui est bien, comme on le voit, dans un certain sens, une propriété d'affectation. Mais à mesure qu'une civilisation progresse, le pouvoir d'abstraction du législateur grandit. Alors apparaît la notion plus compliquée d'une propriété qui n'aurait plus pour but un homme, personne physique, qui n'aurait plus pour raison d'être l'utilité et toutes les sortes d'utilités que cet homme peut lui faire produire en sa faveur mais qui serait affectée exclusivement à la satisfaction d'un intérêt déterminé, soit individuel, soit collectif. Sans doute, c'est par l'intermédiaire de personnes humaines que ce droit sera exercé. Mais les pouvoirs de ces personnes sur les biens ne seront plus

indéfinis : ils seront limités par la considération du but en vue duquel ce droit a été créé. (1) Il faut bien retenir la dernière proposition. Quel est ce but qu'on prend en considération ? Ce but est double : *social* et *économique*. La propriété se socialise. Cela signifie deux choses : d'abord que la propriété individuelle cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale et, en second lieu, que les cas d'affectation de la richesse à des collectivités, qui doivent être juridiquement protégées, deviennent de plus en plus nombreux. A quel besoin économique est venue répondre, d'une manière générale, l'institution juridique de la propriété. Il est très simple et apparaît dans toute société : c'est le besoin d'affecter certaines richesses à des buts individuels ou collectifs définis, et par suite le besoin de garantir et de protéger socialement cette affectation (2). Ce serait faire une fausse interprétation de la doctrine objectiviste ou positiviste, que la rapprocher de la doctrine socialiste. Ces deux doctrines sont diamétralement opposées sur la question suivante : par l'intermédiaire de qui sera exercé la fonction sociale de la propriété ? D'après la doctrine socialiste cet exercice sera attribué à la collectivité sociale, tandis que d'après la doctrine objectiviste c'est toujours à l'homme à faire cet exercice. Mais dans l'exercice de la propriété, l'homme ne jouit pas d'un pouvoir absolu, émanant du droit naturel et illimité de développer sa personnalité comme le prétend l'école du droit naturel. Ce pouvoir est déterminé par la fonction attribuée à la propriété qu'il exerce et non par des postulats métaphysiques comme le sont par exemple, les droits innés de *l'Intelligence*, de *la Volonté*

(1) *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, Tome III, n° 1-2, janvier, juin 1929, *la propriété d'affectation* par M. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 117.

(2) V. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 149, 150.

et de la *Sensibilité* « qui a droit à ne pas être privée des satisfactions ». (1)

B. — *La critique du positivisme juridique.*

47, 48, 49. La méthode objectiviste consiste à s'en tenir aux faits et à tout expliquer par les faits. Pour étudier le droit, il faut faire avant tout des observations sociales et abandonner toutes les vieilles conceptions métaphysiques, sans valeur comme sans réalité. Une objection très grave est faite à cette méthode, c'est qu'elle n'est pas susceptible de donner des idées directrices à l'élaboration du droit positif et des garanties à la stabilité juridique. De plus elle rend le législateur tout-puissant, en lui conférant en quelque sorte le pouvoir illimité de créer le droit. Sous l'influence de Hegel et de Ihering toute une école, principalement en Allemagne, enseigne que le Droit ne se conçoit que comme une création de l'Etat et n'a pu exister que du jour où un Etat constitué l'a formulé ou, tout au moins, l'a sanctionné (2). Cette conception était énergiquement repoussée par d'éminents juristes français. « Ne pourrait-on pas établir le fondement du Droit, dit Bonnecase, en dehors d'une création par l'Etat ; il faudrait affirmer comme postulat, l'existence d'un droit antérieur et supérieur à l'Etat La conscience moderne sent le besoin impérieux d'une règle de Droit, s'imposant avec la même rigueur à l'Etat détenteur de la force et aux sujets de l'Etat (3). Geny objecte aussi à la doctrine objectiviste et il essaye de la compléter par des idées métaphysiques. Considé-

(1) V. BOISTEL : *Le cours de philosophie du droit*, p. 78.

(2) V. *Revue générale du Droit, de la législation en France et à l'étranger*, tome XXXIX 1915, l'article de JULIEN BONNECASE : *La « Notion de Droit en France au XIX^e siècle »*, p. 400 et suiv.

(3) Ibid, *op. cit.*, p. 401.

rant que les faits par eux-mêmes n'ont pas d'influence sur l'élaboration et l'interprétation du droit positif, il reconnaît la nécessité de l'existence des idées directrices et des principes. C'est sur ce point que sa doctrine tient de la conception métaphysique. Mais à la différence de la doctrine naturaliste, il part des faits pour arriver à la métaphysique. Ces principes ainsi dégagés représentent un droit idéal susceptible de contenu le plus varié. C'est dans ce droit idéal que s'affirment la vie et l'unité de la réalité dont les aspects fragmentaires sont variables. Nous compléterons le concept par l'intuition en essayant de pénétrer l'écorce temporelle et spacieuse des phénomènes pour saisir le réel dans sa continuité indestructible » (1). Bonnecase a fait intervenir l'idée métaphysique pour opposer aux fantaisies du législateur une barrière infranchissable, faite du respect des droits subjectifs de l'individu ou, si l'on veut, du respect du libre développement de la personnalité. La propriété, quelque sociale qu'elle soit, doit être basée sur des principes métaphysiques relatifs à des libertés individuelles, à ces prérogatives naturelles de l'homme. Ces principes n'empêchent en rien le législateur de collaborer au progrès social. Pour GénY, l'interprétation et l'élaboration d'un droit positif sont impossibles sans avoir un guide des principes fondamentaux. Mais ni l'un ni l'autre juriste n'admettent l'universalité, l'immutabilité et l'éternité des solutions. « La notion de Droit telle que l'entend la doctrine métaphysique, à la différence de l'école du droit naturel, dit Bonnecase, ne dicte pas des solutions toutes faites, universelles, absolues et immuables. Elle se contente d'inspirer des solutions en conformité à la fois avec les faits et la nature de l'homme, élément permanent et fixe de l'organisation du monde » (2). « Les principes de justice, dit GénY, tels que nous

(1) V. GENY : *Science et technique en droit privé positif*, p. 85, 86, 53.

(2) BONNECASE : *La notion de Droit en France au XIX^e siècle*, p. 299. *Revue du Droit, de la législation et de la jurisprudence* 1917.

les avons reconnus, sont-ils immuables et universels ? Il a paru difficile de l'admettre, à considérer la variété infinie de règles juridiques, parfois tout opposées, consacrées suivant les temps et les pays » (1). Ces deux éminents juristes sont donc contre l'école du droit naturel en tant qu'elle prétend avoir découvert les principes universels, éternels et immuables enracinés dans la nature humaine. Ils appartiennent à ce groupe de juristes qui ont fait la reconnaissance du droit naturel en apportant quelques tempéraments aux principes de la vieille Ecole du droit naturel de sorte que ce naturalisme régénéré est dépourvu de ses caractères originaires, et tend à adoucir les extrémismes de toutes les doctrines dans la philosophie du droit. « Finalement, dit Geny, si nous voulons tenir compte, à la fois, de la critique négative qu'apporte la « philosophie nouvelle » et des résultats positifs qu'elle confirme avec ses destructions partielles — il convient sans rien abandonner, des démarches indispensables à la connaissance, de les rectifier en ce qu'elles renferment de fallacieux ou d'illusoire, et d'en combler les insuffisances par d'autres procédés, mieux adaptés au mouvement de la vie » (2).

50. Mais quelle que soit la doctrine qu'on enseigne, la notion du Droit est nécessaire. « C'est le sort des notions ressortissant aux plus hautes spéculations de la pensée que de prendre, suivant le cerveau de chacun une physionomie différente ; cela n'affecte pas leur existence ; la manière dont chacun s'efforce de les concevoir démontre au contraire leur nécessité (3). La nécessité de l'existence de cette notion est affirmée aussi par

(1) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 485.

(2) GÉNY : *Science et technique en droit privé positif*, tome I, *op. cit.*, p. 85.

(3) BONNECASE : *op. cit.*, p. 400, *Revue du droit de la législation et de la jurisprudence* 1915.

Lerminier. « Si parmi les idées que porte l'esprit de l'homme, il en est une certaine, déclarait-il, c'est l'idée du droit, qui à chaque instant tombe en acte, rend d'elle-même, à toute heure, d'irrécusables témoignages, et constitue partout et sous tous les climats l'Etat et la Société. Il y a dans cette sphère quelque chose de plus ferme et de plus stable qu'ailleurs ; tout y est plus réel, plus solide et plus positif » (1). L. Duguit n'est pas moins affirmatif sur cette question. Il admet aussi une idée directrice, une notion du droit, comme indispensable à l'élaboration et à l'interprétation du droit positif ; mais il repousse les principes métaphysiques et naturalistes. Toutes les règles juridiques ne sont, selon lui, qu'une affirmation des nécessités sociales et économiques. Cette doctrine objectiviste a conduit inévitablement à la négation de l'existence des droits subjectifs. Les droits dont jouit un individu sont tenus du droit positif, et il n'y a que ce concept du droit. Il n'admet donc qu'un contenu positif de la notion du Droit. Il faut retrancher de ce contenu tous les droits individuels inaliénables et imprescriptibles, les droits dits naturels, indissolublement attachés à la qualité d'homme, et le qualifier de solidarité sociale. Quel que soit le qualificatif dont les doctrines objectivistes désignent le contenu de la notion de droit, le résultat est toujours le même affirme Bonnacase : « La notion de droit n'est qu'en apparence un régulateur et un guide pour le législateur dans l'élaboration de son œuvre. Il appartient à l'Etat seul de donner la formule de la solidarité, par exemple, telle qu'il la conçoit, et par conséquent, de donner la formule de la notion de Droit. L'individu peut être très gravement sacrifié à l'Etat, qu'il n'a pas le droit de se plaindre, si ce sacrifice est l'expression de la solidarité sociale telle qu'elle est conçue à un moment donné ; les droits disparaissent chez l'hom-

(1). *Introduction générale à l'histoire du Droit*, Paris, 1829, pp. 7 et 28.

me pour faire place à des fonctions sociales, dont le pouvoir social réglera l'exercice. Les partisans des doctrines du droit social n'ont pas hésité à faire application de leurs principes au droit individuel le plus conforme, semble-t-il, aux tendances instinctives de la nature humaine dans l'ordre matériel, le droit de propriété ; les développements qu'ils fournissent à ce sujet des plus caractéristiques, pour aider à comprendre l'influence de la notion de Droit sur la législation » (1). L'Etat est tout puissant dans la thèse de solidarité, continue Bonnecase ; l'évolution du droit est placée en fait, entre ses mains ; c'est vers la solidarité telle qu'il l'entend, qu'il orientera la législation. Avec une semblable thèse, le droit n'est certes pas condamné à l'immobilité, mais on peut se demander si l'omnipotence de l'Etat n'est pas susceptible de provoquer des changements trop brusques et trop multipliés ».

51, 52. La critique de Bonnecase n'est-elle pas l'expression d'une résistance traditionnelle à l'oppression, cette résistance qui a dominé la formation de la théorie du droit naturel, liée particulièrement au nom de Grotius. L'omnipotence de l'Etat, n'est-elle pas une menace permanente pour les libertés individuelles. La doctrine objectiviste, semble-t-il, n'est pas encline à attribuer ce pouvoir absolu à l'Etat. Le droit positif, devrait s'inspirer d'une idée de solidarité sociale. et par cela même, l'oppression est odieuse aux objectivistes aussi bien qu'aux individualistes. Mais ce qui ne fait aucun doute, c'est que la doctrine objectiviste ne tient pas autant compte de l'oppression politique que d'une oppression occulte mais plus forte encore : l'oppression économique, celle qu'exercent les puissants sur les

(1) V. BONNECASE : *La notion de Droit en France au XIX^e siècle*, article publié dans la *Revue de droit, de la législation et de la jurisprudence* 1917, p. 295.

faibles. C'est à cette oppression, semble-t-il, que la doctrine du droit naturel se résigne. S'inspirer de l'idée de solidarité dans l'élaboration du droit positif, n'est-ce pas résister à cette oppression. Si l'école du droit naturel avait à lutter contre l'oppression politique et à inspirer une législation qui garantirait la liberté individuelle, il n'en est pas moins vrai que l'école du droit objectif a engagé une lutte contre l'oppression économique, et le premier coup que cette dernière ait dû apporter à la théorie du droit naturel, c'est de nier l'existence des droits subjectifs et d'attribuer la fonction sociale à la propriété. Un des buts principaux de la doctrine objectiviste est aussi d'inspirer la législation de la justice sociale et de la rendre plus souple pour les réformes sociales en lui enlevant des principes éternels et immuables du droit naturel. Le positivisme juridique ne manque pas de principes directeurs, mais à la différence du naturalisme juridique, il arrive à ces principes par une voie scientifique, je veux dire, il les pose *a posteriori*. Il n'est donc pas exact que le positivisme juridique conduit à l'omnipotence du législateur. Il l'invite seulement à tenir compte de diverses réalités. « Il serait en réalité injuste d'attribuer au positivisme juridique cette conception que les gouvernants exercent dans l'élaboration du droit un pouvoir capricieux et arbitraire. Les gouvernants doivent tenir compte des données réelles de la vie pour que leurs ordres ne se heurtent pas à une impossibilité d'exécution ; ils doivent tenir compte des données historiques pour ne pas rompre brusquement avec une tradition qui facilite l'obéissance ; ils doivent tenir compte des données traditionnelles et idéales, pour que la règle répondant aux sentiments intimes de la communauté juridique soit volontairement acceptée » (1).

(1) GEORGES RIPERT : *Droit naturel et positivisme, juridique*, article publié dans les *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, 1918, n° 1, *op. cit.*, 41.

53. En fin de compte, n'y a-t-il pas dans cette controverse célèbre et importante un peu d'excès de la dialectique « qui peut nous amener à la dangereuse subtilité du Moyen-Age, c'est-à-dire à une véritable scolastique... Ce raisonnement peut conduire à des erreurs, des erreurs contre lesquelles alors les faits entreraient légitimement en bataille » (1). Ne pourrait-on pas en quelque sorte rapprocher ces deux doctrines en apparence et théoriquement opposées et inconciliables. Les législations qui se sont fait jour partout où le machinisme et l'industrie sont sur le point d'être une grande force économique et sociale, ces législations ne représentent-elles par *une concession aux faits et une atteinte flagrante aux principes de la théorie du droit naturel* ? L'histoire et même les événements qui se sont déroulés sous nos yeux, ne nous montrent-ils pas que l'application stricte et excessive des principes théoriques a toujours échoué et que la concession aux faits s'affirme de plus en plus comme une nécessité pour l'existence de l'harmonie sociale ? Sur ce point la doctrine positiviste est irréprochable et inflexible. M. Lévy-Ullmann dit avec raison pour ce qui est du jurisconsulte qu'il doit avoir *un esprit de mesure*. « L'esprit juridique consiste précisément dans cette balance, dans cette harmonisation à établir entre la logique d'une part, la logique qui est l'ossature de notre technique, et d'autre part *l'utilité et l'équité* » (2). Sous cette réserve il faut appliquer le positivisme juridique même en matière de propriété foncière. C'est dans cet esprit que M. Duguit lui-même a conçu la propriété-fonction. « L'auteur se défend, en effet, d'être socialiste dans le sens vrai du terme ; il prend simplement la notion de Droit, vue sous l'angle de la solidarité, et en tire les

(1) V. LÉVY-ULLMANN : *Cours de droit civil approfondi*, 1927-28, *op. cit.*, p. 169.

(2) V. LÉVY-ULLMANN : *Cours de droit civil approfondi*, 1927-28, *op. cit.*, p. 176.

conséquences qu'elle comporte en ce qui concerne la notion et la réglementation de la propriété. Aussi bien, écrit-il, je tiens à éviter ici tout malentendu. Je ne dis pas, je n'ai jamais dit, je n'ai jamais écrit que la situation économique qu'est la propriété individuelle disparaisse, doive disparaître. Je dis seulement que la notion juridique sur laquelle repose sa protection sociale se modifie » (1). De mêmes, L. Duguit se défend d'être pour l'omnipotence de l'Etat en matière de réglementation de la propriété. « ...La propriété individuelle, dit-il, reste protégée contre toutes les atteintes, *même contre celles qui viendraient de la puissance publique*. Bien plus, je dirai qu'elle est plus fortement protégée qu'avec la conception traditionnelle. D'autre part, je prends comme un fait la détention de la richesse capitaliste par un certain nombre d'individus. Je n'ai point à critiquer ou à justifier ce fait : ce serait peine perdue, précisément parce que c'est un fait. Je ne recherche pas non plus si, comme le prétendent certaines Ecoles, il y a une opposition irrémédiable entre ceux qui détiennent la richesse et ceux qui n'en ont point, entre la classe propriétaire et la classe prolétarienne. celle-ci devant exproprier et anéantir bientôt celle-là. Mais je ne peux m'empêcher cependant de dire qu'à mon sens ces Ecoles ont une vision tout-à-fait erronée des choses ; la structure des sociétés modernes est beaucoup plus complexe. En France notamment, un grand nombre d'individus sont à la fois propriétaires et travailleurs. C'est un crime de prêcher la lutte des classes, et je crois que nous marchons, non point vers l'anéantissement d'une classe par l'autre, mais au contraire, vers un régime de coordination et de hiérarchisation des classes (2).

(1) BONNECASE : *La Notion de Droit en France au XIX^e siècle*, article publié dans la *Revue du Droit, de la doctrine et de la jurisprudence*, *op. cit.*, p. 295.

(2) *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 160.

C. — *La conception serbe de la propriété et ses divers aspects*

C'est de cette conception ainsi formulée qu'il faut rapprocher la conception objectiviste serbe de la propriété foncière. Cette conception est susceptible d'être présentée sous plusieurs aspects. Elle comporte les termes suivants :

54. 1^{er} terme : *Le droit de propriété est objectif.* — Dire que le droit de propriété est objectif, c'est dire que la propriété est réglementée par un ensemble de normes et qu'il faut la prendre telle qu'elle se révèle du droit positif ; c'est aussi dire que ce droit n'est pas enraciné dans la nature humaine, et, par conséquent, qu'il n'est ni universel, ni éternel, ni immuable. Il s'ensuit logiquement qu'il n'est ni absolu ni illimité. La propriété-droit subjectif est une conception d'ordre purement métaphysique en contradiction radicale avec le positivisme moderne. La doctrine serbe, semble-t-il, est unanime à attribuer à la propriété le caractère positiviste. Andra Djordjevitch dit que la propriété est « un droit objectif » et que les pouvoirs du propriétaire, sont déterminés par des lois et éventuellement par des droits des tiers. M. Z. Péritch s'exprime en ces termes : « La propriété est déterminée par le droit objectif » (1). Le § 212 du Code civil soumet la propriété foncière à la différence de la propriété mobilière non au droit naturel, mais à la réglementation des lois.

55. 2^e terme : *Le droit de propriété est socialisé.* — Cela veut dire que la propriété est affectée d'une fonction sociale.

(1) V. Z. PERITCH, *Partie spéciale du Droit civil, I Droit réel*, p. 15.

Considérer la propriété sous l'aspect d'une fonction sociale et non plus sous l'aspect exclusif des intérêts particuliers. La propriété n'a pas seulement à atteindre un but individuel et personnel, mais encore un but social. Laissons un orateur, M. Jouraj Démétrovitch, parler sur ce sujet lors de la discussion du projet de la Constitution Yougoslave. « Le cinquième principe, dit l'orateur, dont parle cette section concerne la réglementation des rapports entre la propriété privée et les intérêts de la collectivité, ou, pour mieux dire, ce cinquième principe consiste en ceci : la propriété est socialement déterminée. C'est l'idée qui est contenue dans les articles de cette section de la Constitution » (1). C'est une conception tout à fait opposée à la conception individualiste dont la critique de L. Duguit n'est pas moins intéressante : Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il y occupe. Or, le détenteur de la richesse, par cela même qu'il détient de la richesse, peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul, il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement *que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit*. La propriété n'est plus le droit subjectif du propriétaire, elle est la fonction sociale du détenteur de la richesse. Ainsi le droit positif ne protège plus le prétendu droit subjectif du propriétaire ; mais il garantit la liberté du détenteur d'une richesse de remplir la fonction sociale qui lui incombe par le fait même de cette détention, et c'est ainsi que je puis dire surtout que la propriété se socialise (1).

(1) *Les notes sténographiques de l'Assemblée Constituante*, livre II 1921, p. 4.

(2) L. DUGUIT : *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 159.

56. 3^e terme : *Le propriétaire n'est qu'un moyen d'atteindre le but sus-indiqué.* — On fait abstraction des prétendus droits que le titulaire apporte avec sa naissance, et on ne voit en lui qu'un organe chargé de remplir la fonction à lui confiée par la société. Si le titulaire, par exemple, laisse sa maison tomber en ruine, l'intervention des gouvernements est légitime pour le contraindre à remplir sa fonction sociale de propriétaire qui consiste à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination. En d'autres termes, le droit de propriété comporte des obligations, et la principale parmi celles-ci est que l'usage du droit de propriété ne saurait s'exercer au préjudice de la société, le propriétaire est tenu, en faisant usage de son droit, d'avoir généralement soin des intérêts sociaux et d'essayer de ne pas les léser.

57. 4^e terme : *Le droit de propriété s'exerce par l'intermédiaire de l'homme.* — Ce terme exclut l'idée de la collectivisation de la propriété. On reproche à la doctrine objectiviste de conduire au collectivisme. Nous avons déjà vu comment L. Duguit a énergiquement repoussé cette objection en insistant sur la protection plus efficace que sa théorie assure à la propriété individuelle. M. Périch interprète dans ce sens l'art. 37, al. 1^{er} de la Constitution yougoslave. Cet article, dit-il, contient, comme nous l'avons vu, encore une autre règle très importante, notamment celle d'après laquelle c'est au législateur à déterminer la contenance, l'étendue et la délimitation du droit de propriété. Jusqu'où s'étend ici le pouvoir du législateur ? Pourrait-il spécialement aussi supprimer tout à fait la propriété individuelle et la remplacer par l'institution d'une propriété collective, commune ? A conclure, d'après la règle formulée par le même article : « la propriété est garantie », on serait enclin à soutenir que le législateur n'aurait pas ce pouvoir parce que la

constitution yougoslave considérerait elle aussi la propriété individuelle comme une base de la société actuelle (1).

58. 5° terme : *La propriété est affectée d'une destination.* — La propriété d'affectation nous exprime l'idée de la variété des buts à la réalisation desquels une propriété peut être destinée. Le mot propriété, dans le sens individualiste, éveille l'idée du droit le plus absolu qu'un individu puisse exercer sur une chose : le droit de s'en servir, d'en jouir, de la détruire ; c'est le *jus utendi, fruendi, abutendi* des Romains. Le terme *affectation* implique au contraire qu'une certaine restriction a été apportée à ce droit, le propriétaire s'étant obligé, ou ayant été obligé par la volonté d'un précédent propriétaire ou par la volonté du législateur à n'user de la chose qui lui appartient *qu'en vue d'un certain but*. Ce but a pour objet ou l'intérêt de l'individu ou l'intérêt des diverses collectivités, et, dès lors, il y a à distinguer les différentes formes dans lesquelles la propriété d'affectation est commandée par la diversité des buts, individuels ou collectifs, égoïstes ou désintéressés, en vue desquels elle peut être établie. De même les pouvoirs du propriétaire sont limités par la considération des buts poursuivis. D'où la propriété d'affectation *sous la forme collective, sous la forme individuelle*, et, ensuite, *la propriété fondative*, et d'où les restrictions aux actes de disposition qu'impliquent la forme collective, la forme individuelle et la propriété fondative.

59. La forme la plus ancienne sous laquelle paraît s'être présentée dans l'histoire la propriété d'affectation est la *forme col-*

(1) V. PÉRITCH : *Les principaux traits caractéristiques de la Constitution du Royaume des Serbes, Croates et Slovènes du 28 juin 1921*, article publié dans la *Revue internationale de Sociologie*, novembre-décembre 1928, *op. cit.*, p. 14 de l'Extraît.

lective. (1) Il faut se garder de confondre la notion de la *propriété indivise* avec la *propriété collective*. Nul n'ignore qu'il existe entre ces deux formes de copropriété une différence capitale. Au lieu que la propriété indivise est une forme de la propriété passagère, amorphe, inorganique, inapte à la réalisation d'une œuvre quelconque, puisqu'elle ne peut se modifier ni s'accroître que par des décisions nécessitant le concours de tous, la propriété collective est une forme de la copropriété voulue, active, constituée en vue de la poursuite d'un but, auquel toutes ses ressources seront employées, vers lequel tendra l'activité de son organe, qui est plus que le représentant, l'émanation en quelque sorte de la collectivité. Donc, ce qui différencie la propriété collective de la propriété indivise, ce qui la fait vivre, c'est l'affectation. Comment s'analyse juridiquement cette propriété affectée ? Quels sont les titulaires de ce droit. Ils apparaissent avec la plus grande netteté. Ce sont les membres du groupe. Seulement leur droit de jouissance et de disposition sont limités par l'affectation qu'ils se sont imposée à eux-mêmes ou qui leur est imposée par le législateur, et qui fait peser sur leurs biens comme une servitude (2).

(1) FUSTEL DE COULANGES n'est pas de la même opinion : « Je n'ose, pour ma part, ni combattre ni soutenir cette doctrine dans son ensemble. De si vastes généralités, outre qu'elles sont peu conformes à mon goût et à ma méthode dépassent de beaucoup le cercle de mes études. Pour être en droit de dire si les sociétés humaines ont commencé par le régime de l'indivision ou par celui de la propriété, il faudrait connaître avec exactitude et précision non seulement la Grèce et Rome, mais encore l'Égypte et l'Inde, les vieux Germains et les Slaves... Nous ne devons pas perdre de vue qu'il y a eu ainsi, suivant le temps et suivant le peuple deux sortes de propriétés : l'une que nous appellerions volontiers *la propriété individuelle* ; l'autre que nous appellerions volontiers *la propriété familiale*, toutes les deux également opposées au régime de la communauté du sol (Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire, *op. cit.*, p. 4, 8.

(2) Voir à ce sujet « la propriété d'affectation », par M. DONNEDIEU DE VABRES, *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, Tome III, janvier-juin 1909.

60, 61. L'idée de la propriété d'affectation sous la forme collective a une large application dans le droit original serbe. C'est la seule conception formée dans la conscience juridique du peuple paysan. Complètement décapité par l'ouragan turc qui s'était abattu sur lui, le peuple serbe se replie et se réfugie dans les Zadrougas dans lesquelles il pouvaient plus fortement résister à l'oppression turque aussi bien au point de vue économique qu'au point de vue national et politique. Et c'est dans cette communauté que se forme la propriété collective, une propriété affectée à un seul but : assurer la prospérité, la puissance et l'unité de la Zadrouga. « La Zadrouga, dit M. Zivoïn Markovitch, avant 1844, c'est-à-dire avant la codification, ressemblait plutôt à une collectivité familiale, qui était le seul propriétaire des biens communs ; des générations présentes n'y étaient que de simples usufruitiers. Les générations présentes des zadrougas étaient le point nécessaire entre les générations passées et les générations à venir (1). Cette propriété d'attestation sous la forme collective est nommée *bachtina*. Il y a des auteurs serbes qui affirment que la notion de la propriété individuelle n'était pas connue des Serbes jusqu'à l'apparition du Code civil. Dans l'histoire serbe, la propriété individuelle s'est développée par la voie de la force ; en abolissant et en violant toutes les institutions anciennes, les nouvelles lois leur substituaient des institutions modernes (2). Cette affirmation est exacte, puisque, avant la codification, la *bachtina* était la seule forme de la propriété, et d'autre part, après la codification même, une législation spéciale se fit jour à l'aide de la jurisprudence, elle

(1) ZIVOÏN MARKOVITCH : *La transmission du patrimoine d'une personne décédée dans la zadrouga serbe*, thèse, Paris 1929.

(2) MATA RADOSAVLJEVITCH : *Bachtina et propriété ou collectivisme et individualisme dans le droit serbe*, article publié dans la *Revue Brannitsch*, 1887-1888.

fonda un système particulier de la propriété foncière qui s'est formée sous l'influence de la notion de bachтина. Nous avons déjà vu dans le premier paragraphe que l'application de ce système se borna exclusivement aux rapports entre les paysans, ce qui est tout-à-fait en harmonie avec la notion de la propriété collective de la zadrouga aussi bien qu'avec la notion de bochtina, étant donné le caractère identique et rural de ces institutions.

Bien entendu, la bachтина a subi des modifications au cours de l'élaboration du droit positif, *mais son idée fondamentale en est restée intacte, et elle en a même servi de principe directeur. L'idée qu'elle implique, c'est l'idée de la propriété d'affectation.*

Ce principe s'est conservé jusqu'à nos jours. Avant la Constitution Yougoslave de 1921, il n'était pas formulé, mais il a dominé toute la législation originale serbe qui s'est développée postérieurement à la promulgation et à côté du Code civil. Ce principe s'est glissé même dans le Code civil qui en a donné une formule incomplète mais tout de même assez explicite. Le § 212 distingue la propriété mobilière de la propriété immobilière. Il y a donc deux traits distinctifs : 1° la propriété mobilière se fonde sur le droit naturel, tandis que la propriété immobilière se fonde sur les lois ; — 2° la propriété mobilière est incompatible avec la notion de bachтина, tandis que la propriété immobilière est assimilée à celle-ci. « Le droit de propriété sur les biens immobiliers s'appelle le droit de bachтина ou simplement la « bachтина » : al. 2 du § 212 c. civ. Cette disposition est en contradiction évidente avec le principe de la propriété individuelle contenu dans le paragraphe précédent. En outre, le § 212 ne correspond à aucun article du Code civil autrichien. Or, il est évident que cette disposition était venue

à consacrer la notion de *bachtina*, la notion traditionnelle de la propriété foncière. Bien entendu, le législateur se borna seulement à mentionner le *bachtina* sans lui avoir donné aucune sanction et aucune suite logique. Cette disposition est restée isolée et presque étouffée au milieu d'autres dispositions imbues de principes individualistes transmis du Code civil autrichien. De toute la *bachtina* n'était retenu que son nom. Il y en a quelques vestiges encore dans les dispositions relatives à la *zadruga*, puisque la propriété de la *zadruga* est une forme de *bachtina* dans le sens de la propriété d'affectation. Or, malgré les idées individualistes des auteurs du Code civil serbe, Hadjitch et Lazarevitch, qui avaient fait leurs études en Autriche, ceux-ci ne pouvaient pas se soustraire tout de même à l'influence du milieu où se préparait la codification.

La « *bachtina* » n'évoque pas seulement l'idée de la propriété d'affectation ; elle est aussi synonyme de la propriété rurale. Au cours des siècles, elle a subi tant de modifications. Au moyen âge « *bachtina* » désignait la terre que les seigneurs serbes possédaient ; c'était une sorte de seigneurie. Après l'écroulement de l'Etat serbe et la disparition de la noblesse serbe, la « *bachtina* » prit une autre forme. Du contenu de sa notion s'effacèrent tous les éléments féodaux, et elle devint une propriété foncière des paysans et des *zadrugas*. « *Bachtina* », telle que nous la trouvons dans les coutumes slaves du Sud vers la fin du XVIII^e et au commencement du XIX^e siècle, désigne exclusivement le fond commun inaliénable de la *zadruga* et une forme collective de la propriété foncière n'a rien de commun avec la propriété individuelle romaine. La propriété de la *bachtina* était organisée de façon à protéger le plus efficacement les intérêts collectifs de la *zadruga*. C'est un trait caractéristique de la propriété foncière rurale qui ne s'est pas effacé malgré toutes les codifications

novatrices et contraires à la notion traditionnelle de la propriété. Les Serbes se défiaient de toutes les prétentions absolues familières au dogmatisme de la métaphysique traditionnelle comme de celui de la métaphysique révolutionnaire. Ils entendaient toujours sous la propriété une forme de la protection des intérêts des unités sociales. Lorsque les Slaves vivaient dans l'état primitif de l'agriculture, la propriété foncière était destinée à protéger les intérêts de la collectivité communale de la zadrouga, cette seule forme de leur vie sociale et économique devant laquelle l'individu s'effaçait complètement. Mais par suite d'un rapide développement de la culture moderne, facilité et encouragé par l'indépendance politique, surgirent les autres intérêts sociaux dont la protection était nécessaire. Pour répondre à ces nouvelles exigences de la vie, il n'y avait qu'à appliquer et élargir la notion de la bachtina. On avait beau opposer les principes du Code Civil, quand il s'agissait de régler les rapports agricoles : ici il n'y avait d'autre idée directrice que l'idée de la bachtina, étant donné son caractère essentiellement rural. Toutes les discussions se terminaient par le triomphe de l'idée de la bachtina en matière agricole, tandis qu'on réservait l'application des principes individualistes aux affaires bourgeoises. C'est ainsi que se créa le dualisme dont on a déjà parlé.

62. Il n'importe pas que la propriété collective de la zadrouga soit dépourvue aujourd'hui de ses caractères originaires, c'est-à-dire qu'elle ne soit plus inaliénable et impartageable. Cela ne prouve pas qu'il n'y a plus aucune trace de « bachtina » dans notre législation. Elle a changé seulement de forme, mais au fond elle subsiste : son idée d'affectation de la propriété aux fins sociales n'a point disparu ; au contraire elle domine toutes les dispositions de la loi et des arrêts relatifs à la

propriété foncière rurale. Ce n'est qu'à l'aide de cette idée que se maintient l'unité d'administration et de patrimoine de la zadrouga. L'idée d'affectation mise en lumière nous explique comment la propriété de la zadrouga se détache de l'indivision et comment elle devient organique ; elle n'acquiert les différents attributs que si les volontés de ses titulaires convergent vers un certain but. Cette affectation de la propriété de la zadrouga a pour effet de changer l'ordre de succession : la parenté de la zadrouga l'emporte sur la parenté en dehors de la zadrouga. Si par exemple, le défunt a laissé un oncle qui est membre de la zadrouga et un frère qui ne l'est pas, tout son patrimoine sera dévolu à son oncle. Il est de l'intérêt de la zadrouga que les biens en sa possession n'aillent pas au dehors, puisque la sortie des biens peut compromettre le but auquel la propriété de la zadrouga est affectée. Il faut faire intervenir la même idée pour expliquer la priorité des fils sur les filles en matière de succession ; la même idée nous explique pourquoi les biens de la zadrouga ne peuvent jamais passer aux femmes et pourquoi les zadrougars sont pourvus du droit de reprendre l'héritage dévolu aux filles qui succèdent au zadrougar décédé. Ce sont les effets de l'idée d'affectation qui amènent à la conservation de l'unité de patrimoine. Mais elle a aussi une grande influence sur les actes de disposition et d'administration des biens de la zadrouga. Toutes les dispositions du Code civil relatives à ces actes sont affirmatives dans le sens de la conception de la propriété d'affectation. Il faut s'écarter de l'idée de la personnalité morale dont on prétend revêtir la communauté de la zadrouga. Il est hors de doute que la zadrouga ne peut pas être assimilée à la personne morale. Dès qu'un zadrougar peut disposer de sa quote-part, et dès que les créanciers de la zadrouga n'ont aucun privilège sur les créanciers personnels, il est évident que la zadrouga est dépourvue de personnalité, en dépit même de

quelques dispositions du Code civil qui se prononcent textuellement et indirectement pour la personnalité. Si nous ramenons cette discussion dans le cadre de la conception de la propriété d'affectation, la question devient plus simple, en ce qui concerne l'administration et la disposition des biens communs. La « zadrouga » est une communauté de travail et de biens. Bien entendu, toutes les volontés doivent converger vers le but dont la propriété de la zadrouga est affectée, et leurs actes ne sont valables envers la zadrouga que s'ils sont conformes à ce but. Voilà la conséquence logique de l'idée d'affectation. Est-ce que ce principe peut se dégager des textes relatifs à cette question ? Le Code civil laisse la pleine liberté au chef de la zadrouga, « starechina », en ce qui concerne l'administration, mais en matière de disposition des biens, il faut tenir compte de ces deux règles : 1° la validité des actes de disposition est conditionnée par le consentement tacite ou exprès de tous les zadrougars, le porte-parole desquels est le « starechina » élu ou désigné ; cette harmonie des volontés particulières altérée, l'acte ne lie plus la zadrouga mais celui ou ceux qui y ont pris part ; 2° la validité des actes de disposition est conditionnée par les avantages collectifs que ces actes sont susceptibles de procurer à toute la zadrouga. La première règle est posée par le § 510 du Code civil ainsi conçu : Sans le consentement de tous les zadrougars, le « starechina » ne peut pas disposer des biens communs ; ce consentement est tacite s'il n'y a pas de protestation de la part des zadrougars dans le délai d'un an à partir du jour où ils ont eu connaissance de l'acte respectif. La seconde règle est posée par le § 515 C. civ. aux termes duquel « le créancier d'un zadrougar peut poursuivre tous les zadrougars sous la condition de prouver que l'argent qu'il a prêté était dépensé au su et au profit de tous ». Ces textes ne contiennent-ils pas une idée de la propriété d'affectation ? En fin de comp-

te, n'y a-t-il pas un seul principe à dégager de ces textes : *tous les actes passés par le « starechina » ou n'importe lequel des zadrougars sont valables sous la condition qu'ils confèrent des avantages à la collectivité*. Nous réfutons l'idée de mandat tacite dans l'hypothèse où les actes de disposition sont passés sans le consentement de tous les zadrougars. L'idée de gestion d'affaires est aussi à réfuter. Le § 515 nous amène à conclure que la validité des actes d'administration et de disposition se fonde sur l'idée d'utilité et sur leur conformité au but auquel la propriété de la zadrouga est affectée. Sur ce point il n'y a pas de doute. La disposition du § 515 est explicite : *l'acte d'endettement lie toute la zadrouga, si elle en a profité*. Cette disposition se limite aux actes d'endettement. Mais il n'y a qu'une petite variante quant à la validité des autres actes ; ils sont valables lorsque les zadrougars ne protestent pas dans le délai d'un an. A mon sens, l'idée fondamentale est la même : tous les actes sont valables s'ils conduisent à la réalisation du but dont la propriété de la zadrouga est affectée. La nature juridique de la zadrouga ne peut donc se rapprocher de celle de l'indivision, de celle des groupements revêtus de la personnalité morale, puisque l'unité collectivité de la zadrouga n'a pas complètement absorbé et fait disparaître la pluralité des droits individuels. Et c'est seulement dans la mesure où l'affectation domine que cette copropriété se différencie de l'indivision, revêt un caractère organique et collectif. Et, en effet, cette vie organique et collective se manifestent sensiblement en ce qui concerne la vie intérieure et extérieure de la zadrouga. Au sein de la zadrouga la personne du « starechina » représente toute l'utilité ; en dehors, il en est de même dans tous les cas où les actes passés par un ou plusieurs zadrougars ne sont pas de nature à compromettre le but que la collectivité de la zadrouga s'est proposée d'atteindre. En pratique, il n'y a que deux hypothèses : 1° ou la

zadruga a profité de tous les avantages qu'un acte pouvait conférer, et dans ce cas, cet acte lie toute la collectivité ; 2° ou la zadruga n'en a pas profité, et dans ce cas, c'est aux zadrugars qu'incombe le fardeau de dresser la protestation ou de fournir des preuves sur le fait que les deniers étaient détournés du but collectif.

63, 64. Voilà l'idée essentielle que contient la notion de *bachtina*. Mais son idée d'affectation peut se concevoir en dehors de la propriété collective de la zadruga. au sein même de la propriété individuelle. Dans la législation serbe, elle a servi de fondement en matière de réglementation de la propriété foncière rurale. C'est d'elle que s'est inspirée la loi d'okoutchyé (*Homestead serbe*). Le législateur serbe, par un acte de sa volonté souveraine, a affecté une quantité de biens immobiliers ruraux à des buts sociaux. Cet acte d'affectation n'a pas eu pour seul effet de restreindre sur son objet les droits de disposition du propriétaire ; il a dû le soustraire encore au gage des créanciers ordinaires de celui-ci. Sinon, comment l'utilité que l'on espérait tirer du bien affecté pourrait-elle être obtenue ? C'est par l'effet de la loi d'okoutchyé que la propriété foncière rurale implique actuellement la dualité des patrimoines : un patrimoine individuel dont le propriétaire est le sujet, et un patrimoine dont le propriétaire n'est pas le maître, mais c'est la société qui en est le sujet et qui par l'intermédiaire de l'homme poursuit les buts qu'elle s'est proposée d'atteindre. Cette seconde part de patrimoine est soumise quant à l'obligation aux dettes et aux actes de disposition à des règles toutes différentes de celles du droit individuel de propriété. Le but positif auquel la propriété d'okoutchyé est affectée consiste à conserver la famille et la petite exploitation agricole ; son but négatif est d'empêcher la prolétarianisation des paysans. La

« bachtina » n'est pas seulement collective et rurale ; elle implique aussi l'idée de la protection des faibles et des familles. Sa notion contient une idée de solidarité sociale sur laquelle se fonde l'art. 25 de la constitution yougoslave aux termes duquel « la liberté de passer des contrats dans les rapports économiques est reconnue dans la mesure où elle n'est pas en opposition avec l'intérêt social ; de même l'art. 37 : « La propriété est garantie. De la propriété découlent des obligations. L'usage de la propriété ne doit pas nuire aux intérêts de la collectivité. La contenance, l'étendue et la délimitation de la propriété privée sont réglées par la loi ». L'art. 43 de la constitution n'est que la consécration de la législation serbe de l'okoutchyé. Cet article dit que la loi déterminera un « minimum de terre » qui ne pourra être aliéné : ce minimum c'est celui du § 471-4° al. du Code de procédure civile serbe (du 20 février 1865), c'est-à-dire cinq jours de terre arable et en plus la maison d'habitation avec une cour d'une étendue d'un jour de terre arable (1). L'idée fondamentale qu'implique la propriété foncière rurale, c'est de protéger la petite exploitation agricole. C'est un *principe d'ordre public*. Logiquement à ce principe la constitution statue encore : « La loi déterminera le maximum de la propriété foncière ; la grandeur de ce maximum, différente suivant les provinces, ne peut aller au-delà de cinq cents hectares. En résumé, comme suite logique de l'idée d'affectation de la propriété foncière, on peut distinguer trois traits caractéristiques de cette affectation sociale : *l'affectation collective, l'affectation familiale et l'affectation agraire*. L'affectation collective a déterminé toutes les restrictions établies dans l'intérêt de la zadrouga ; l'affectation familiale a déterminé les restrictions

(1) V. Z. PERITCH : *Les principaux traits caractéristiques de la constitution du royaume des S. C. S.*, art. publié dans la *Revue internationale de sociologie*, p. 28, 1928.

établies dans l'intérêt de la famille, et ensuite, l'affectation agraire a déterminé les restrictions établies dans l'intérêt de la petite exploitation et, en général, dans l'intérêt des paysans. Il y a encore une *affectation individuelle* qui donne au propriétaire la pleine liberté de disposer de ses biens. Sur le rapport entre les restrictions et l'affectation de la propriété, nous renvoyons à notre introduction où nous avons traité d'une façon plus détaillée cette question.

65, 66. 6° terme. *Dépersonnalisation du droit de propriété.* D'après la conception individualiste, on aperçoit avec netteté l'*objet* qui est le bien matériel dont on tirera profit ; le *sujet actif*, qui est l'homme dans l'intérêt exclusif duquel le droit existe ; les *sujets passifs* qui sont tous les autres hommes obligés de respecter le droit et d'en subir l'exercice. Dans la propriété d'affectation, l'objet apparaît avec une égale netteté, *mais la détermination des sujets, actif ou passif, est beaucoup plus malaisée et ne saurait résulter des mêmes principes, puisque le bien, objet du droit, cesse d'être affecté à l'utilité exclusive d'une personne, mais qu'il est mis en quelque sorte, au service d'une idée* (1). L'idée d'affectation enlève à la personne sa qualité de sujet du droit de propriété. C'est essentiel dans la notion de l'affectation. Si la personne continuait à être le sujet d'une propriété affectée d'une destination collective ou sociale, cette propriété manquerait d'atteindre son but. Ce sont deux notions opposées. La propriété d'affectation est, en quelque sorte, arrachée aux mains de l'homme ; elle est soustraite aux dispositions de sa volonté et mise au service d'une collectivité qui peut être la société entière ou les diverses associations, ou un groupe d'intérêts protégés. Si un homme ne peut pas disposer de son droit,

(1) V. *Annales de la Faculté de Droit d'Aix*, Tome III 1909, p. 118, art. de M. DONNEDIEU DE VABRES, « la propriété d'affectation ».

et si la propriété n'est pas affectée à la satisfaction exclusive de ses besoins personnels, il n'en peut pas non plus être le sujet, puisque la notion de sujet dérive de l'aptitude de l'homme à profiter de la chose à son gré et à être sujet de disposition. Il y a des cas d'affectation où le propriétaire ne peut pas par sa volonté déterminer la destination des biens frappés d'une certaine affectation, et par conséquent, il ne peut pas s'attribuer la qualité de sujet de droit. Il en est ainsi du moins si l'on admet la théorie d'après laquelle le sujet de disposition est sujet de droit. L'idée d'affectation exclut la liberté de disposition, et dès lors, elle enlève au propriétaire son aptitude à être le sujet de son droit. Mais là-dessus il y a plusieurs théories. Examinons-les, et enfin, nous verrons laquelle est en harmonie avec la conception de la propriété d'affectation.

67. Il y a une théorie qui rattache la personnalité juridique ou la qualité de sujet du droit à l'aptitude à avoir une volonté raisonnable. « Hauriou a adopté cette manière de voir et il a très nettement exposé que le droit ne s'attache qu'à cette manifestation du moi raisonnable : la volonté. Bien que celle-ci n'ait pas au point de vue phénoménal une continuité et une unité complète, par une œuvre en partie factice, mais composée avec des éléments subjectifs réels, on arrive à déduire de la volonté la notion de la personnalité juridique » (1). Sous l'angle de cette théorie, le titulaire même de la propriété affectée d'une destination serait sujet de son droit de propriété. Cette affectation n'aurait d'influence que sur l'étendue de son pouvoir d'exercer les droits. Il serait assimilé en quelque sorte à une personne incapable de passer quelques actes juridiques ; il resterait le sujet de son droit, mais il ne pourrait pas l'exercer en pleine liber-

(1) René DEMOGUE : *La notion de sujet de droit*, article publié dans la *Revue trimestrielle du droit civil*, p. 616.

té. De même, selon cette théorie, certains groupements peuvent être sujets de droit, pourvu qu'ils soient organisés de façon à pouvoir manifester un moi raisonnable. Quels que soient les intérêts à la réalisation desquels la propriété est affectée, la volonté est nécessaire pour la mettre en œuvre ; mais cette volonté n'est pas libre, elle est déterminée par le but auquel la propriété est affectée. Cette volonté doit être protégée en tant qu'elle converge vers ce but. La volonté individuelle est nécessaire pour la réalisation du but du droit. C'est le seul moyen de remplir la fonction sociale de la propriété. Mais à la différence de la théorie individualiste, l'exercice de cette volonté doit rester strictement dans les limites imposées par l'exercice des autres volontés individuelles. S'agit-il des groupements des personnes, l'exercice de leur volonté ne produit des effets juridiques que si elle est en conformité avec des règles juridiques relatives à ce groupement ; s'agit-il, au contraire, d'un individu, l'exercice de sa volonté produit des effets juridiques, non en vertu des droits attachés à sa personnalité humaine, mais en vertu de la compatibilité de l'acte de sa volonté individuelle avec la volonté objective exprimée dans les lois positives. Il s'ensuit qu'il serait plus dans l'esprit positiviste de dire que *l'homme est le sujet des actions socialement permises*, et en cette qualité il est sujet de droit. En d'autres termes, la qualité de sujet de droit est attachée à l'homme à cause de son aptitude à avoir une volonté la seule susceptible de mettre en œuvre l'affectation sociale de la propriété. Les droits dont il est le sujet ne sont pas en lui ; ce sont plutôt les droits objectifs qui se reflètent en lui, et c'est dans ce sens que le droit de propriété est dépersonnalisé ; mais la mise en œuvre du droit n'est possible que par l'intermédiaire de la personne raisonnable. Il n'importe pas que ce soit une seule personne ou un groupement de personnes ; ce qui importe c'est que sa volonté ou leur volonté ne dépasse les limites déter-

minées par le but d'affectation, ou par le groupe des intérêts à protéger. Dans ce sens le sujet du droit de propriété est, en quelque sorte, subordonné et passif, ou pour mieux dire il est assimilé à un titulaire d'exercice. Dire que le sujet de droit est attaché à l'aptitude à avoir une volonté raisonnable, c'est dire qu'il n'y a que des sujets d'exercice des droits. Cette idée est tout-à-fait conciliable avec la conception de la propriété-fonction. Il n'y a donc qu'un sujet de fonction. L'existence du sujet de jouissance est contestée ; et dès lors, un propriétaire mineur ou interdit n'est pas le sujet du droit de propriété, puisqu'ils n'ont pas une volonté raisonnable. « Si nous ne craignons pas d'être trop hardis et de dérouter trop violemment les idées reçues, nous dirions volontiers que les restrictions légales à la disposition des biens des incapables proviennent moins de modifications dans la capacité personnelle de leurs propriétaires que de changements apportés au contenu du droit de propriété qui porte sur eux... Ne serait-il pas plus simple de dire que, à raison de l'âge ou de l'état mental du propriétaire, l'affectation de son patrimoine a été modifiée, au moins provisoirement, et que, de peur que ses désirs et ses besoins ne soient désordonnés ou irréflechis, on a substitué à la destination ancienne, qui était leur entière satisfaction, une affectation nouvelle qui est le maintien de sa fortune dans le *statu quo*, tout à la fois dans l'intérêt de la société qui ne trouve jamais son compte à la dilapidation et à la mauvaise administration des biens, du propriétaire lui-même et de ses héritiers, pour que, le jour où il deviendra — ou reviendra — capable, ou bien où il mourra, lui ou eux puissent le retrouver en mesure de le faire servir à leurs besoins » (1). Dans cette affirmation l'auteur est logique avec lui-même, puisqu'il soutient la théorie objectiviste de la propriété.

(1) *Op. cit.*, p. 86, 87. BRETONNEAU : *La clause d'inaliénabilité*, thèse, Paris, 1902.

68. D'après cette théorie le titulaire de la propriété peut être assimilé à *un organe*. La théorie de l'organe est puissamment construite par le juriste allemand Gierke. L'organe, comme tel, n'a pas de personnalité propre. L'organe n'est pas un étranger pour la collectivité, il est en dedans de celle-ci. Comme l'organe, le propriétaire est limité dans son action par les intérêts de cette collectivité par rapport de laquelle il se trouve dans un état de subordination. Le droit de propriété n'est plus le résultat d'une apothéose de la personnalité de l'homme. Le propriétaire est amené à ce rôle d'un organe de la collectivité.

69. Une autre théorie attache la qualité de sujet de droit à l'homme, à sa personnalité. « C'est un désir de sécurité. La Déclaration des droits de l'homme est la charte de la sécurité individuelle. Reconnaître que tout homme est sujet de droit, c'est faire pénétrer le droit en sa personne, de sorte qu'il soit sa chose, qu'il soit en lui, qu'il fasse corps avec lui et, par suite, ne puisse être arraché. C'est, par une image, affirmer l'inviolabilité du droit, l'impossibilité pour la société d'y porter atteinte ; c'est pour tout dire faire œuvre individualiste » (1). Concevoir les choses ainsi, ce n'est pas se placer sur le terrain positiviste ; au contraire, c'est se placer sur le terrain individualiste. Cette théorie qui attache la qualité de sujet de droit à la personnalité humaine vise la sécurité individuelle, et quelque justifiée que soit cette prétention, nous ne pouvons pas faire entrer cette théorie dans le cadre de la conception de la propriété-fonction. Ce qui est essentiel dans cette conception, c'est qu'elle exclut de son contenu toutes les notions subjectives du droit. Cette théorie est trop étroite pour englober toutes les situations possibles. Prenons, par exemple, un titulaire du droit d'okoutchyé, ce droit représente une atteinte au principe du libre développe-

(1) DEMOGUE : *La notion de sujet de droit*, op. cit., p. 624.

ment personnel ; c'est une atteinte au droit qui réside dans la personne de l'agriculteur à laquelle est attachée sa qualité de sujet de droit. La loi de l'okoutchyé est promulguée en violation de sa capacité de jouir du droit de disposition de ses immeubles. Cette loi lui impose une obligation de cultiver sa terre et de ne pas s'en détacher : Il est en effet le sujet des actions forcées établies dans l'intérêt de la conservation de la classe des petits paysans. De même, cette théorie n'englobe pas des cas où il y a des groupements de personnes qui ont la qualité de sujet de droit. Voilà une hypothèse dans laquelle les intérêts sont protégés en rattachant la qualité de sujet de droit non à la personnalité humaine mais à des groupements. Cette théorie n'est donc pas seulement susceptible de conception de la propriété-fonction, mais elle est encore impuissante à nous expliquer de nombreuses possibilités juridiques.

70. Nous ne prétendons pas contester l'importance des théories qui se différencient des théories positivistes en droit. Nous sommes au contraire d'avis que chaque théorie a droit à une part de vérité. Nous avons eu seulement l'intention d'en exposer quelques-unes afin de voir dans quelle mesure elle peut entrer dans le cadre de la conception de la propriété-fonction. En dégageant du droit positif serbe cette conception, nous avons dû la présenter sous ses divers aspects et la suivre dans son image et dans ses suites logiques. Il y a peut-être un superflu de termes sous lesquels nous l'avons présentée : par exemple, le droit objectif contient en lui-même la dépersonnalisation du droit de propriété ; ou, par cela même que la propriété est socialisée, le rôle de l'homme est réduit à un intermédiaire, à un moyen aux mains de la société. Mais il était nécessaire de décomposer le contenu de la notion de la propriété-fonction. Ses éléments ne sont pas concentrés dans un droit positif pour les

saisir facilement ; ils y sont dispersés, et, dès lors, ne sont saisissables que par fragments. Ce n'est qu'en cet état fragmentaire qu'on reconnaît cette conception dans le droit positif serbe. En outre, chacun des termes présente des nuances d'une conception, et de ce côté-là, leur superflu est justifiable.

D'ailleurs, il ne s'agit ici que d'une construction juridique dont chaque conception a besoin. D'après les mots de M. Demogue « il s'agit simplement, étant donnée la construction de notre esprit qui a besoin d'ordre et de clarté, d'y classer des solutions et de créer un instrument, imparfait et dangereux d'ailleurs, de découverte, qui nous gardera du moins de la confusion ou de l'imprécision. Plus un intérêt ou un groupe d'intérêts nous semble digne d'être protégé, plus, dans certains cas, il sera utile de les ériger en patrimoines indépendants à titre de sujets de droit, ou de centres d'intérêt, pour employer une expression qui désigne un cas de demi-personnalité » (1). Quelquefois il est commode d'admettre l'idée positiviste, puisqu'elle est plus susceptible de découvrir une réalité ; quelquefois il est plus commode d'admettre l'idée individualiste. *Pour pénétrer dans le système de la propriété foncière serbe, il est nécessaire d'admettre les idées positivistes qui sont les seules susceptibles de mettre en lumière toutes ces réalités qui ont influencé l'élaboration du droit positif, et de faire classer dans notre esprit plus précisément et plus clairement des solutions et des notions relatives à la propriété en son état statique et dynamique.*

71. 72. En ce qui concerne la propriété collective de la zadruga, nous croyons que l'idée d'affectation nous donne une explication de nature à éclairer le phénomène des restrictions que cette forme de propriété implique ; cette explication est

(1) *Op. cit.*, p. 624.

aussi de nature, comme nous l'avons déjà vu, à attribuer à la zadrouga une unité patrimoniale en l'absence de la personnalité morale. L'explication que donne l'idée d'affectation est aussi satisfaisante en ce qui concerne la question sur le sujet de la propriété d'okoutchyé ou de la zadrouga. Il faut donner ici une notion adaptée aux fins que l'on se propose. La « zadrouga » représente un ensemble de biens possédés collectivement, c'est-à-dire par tous envisagés comme n'étant qu'un, de sorte que les personnes réunies ne forment qu'un sujet de droit et que celui-ci est semblable à une personne, mais celle-ci loin d'être distincte des autres, n'est que les autres prises ensemble. Cette collectivité implique les droits des diverses personnes physiques destinataires des biens personnifiés et réalisateurs du but dont cette propriété collective est affectée. Dire que le paysan est le titulaire du droit d'okoutchyé, ce n'est pas dire qu'il est sujet du droit de propriété dans le sens subjectif ; c'est dire au contraire, qu'il est sujet d'un droit reflété qu'il exerce comme le défenseur des intérêts de la classe des petits propriétaires ruraux aussi bien que des ses propres intérêts. S'il était le sujet de son droit subjectif, il aurait pu en jouir à son gré ; mais il ne l'est pas du tout. Il est le titulaire non seulement d'un droit, mais aussi d'un devoir. Ce devoir que le paysan est tenu d'accomplir se fonde sur la considération qu'il est le défenseur de ses propres intérêts en même temps que des intérêts de ses confrères, et par conséquent, s'il manque à remplir ce devoir, le magistrat intervient en remplissant lui-même la fonction qu'il avait confiée à un particulier qui s'est montré négligent dans sa besogne. N'est-ce l'application la plus nette de l'idée positiviste de la propriété-fonction. Dès que l'affectation de la propriété est en train d'être compromise par la négligence du particulier le magistrat est appelé d'office à intervenir. Un droit dont la réalisation est obligatoire pour son titulaire cesse d'être

un droit subjectif, et son titulaire n'en a plus la qualité de sujet de jouissance. Un sujet de jouissance est libre de jouir de son droit à sa guise : il peut l'exercer par voie de représentation ; il peut le céder et le laisser prescrire, etc... Le titulaire du droit d'okoutchyé ne peut ni céder ni laisser prescrire son action et son droit. Il doit l'exercer dans le sens de l'affectation de la propriété. C'est ainsi qu'il se rapproche d'un titulaire d'exercice et qu'il agit en qualité de représentant légal, ou, en d'autres termes, en qualité de lieutenant du magistrat. Quels sont les intérêts pratiques de cette manière de voir en ce qui concerne le problème des restrictions ? C'est une question que nous allons aborder immédiatement dans le chapitre qui suit.

CHAPITRE II

REPERCUSSION DES PRINCIPES SUR LE DROIT DE DISPOSITION

§ I. — *Position de la question.*

73. La répercussion des principes est double : elle se produit à la fois dans le domaine législatif et dans le domaine judiciaire ; autrement dit, ces principes, inspirent aussi bien le juge interprétant la loi que le législateur chargé de l'édifier.

Un droit positif provient de la lutte des principes et des idées. Ce sont de nombreuses puissances qui ont de l'influence sur son élaboration. Chacune de ces puissances tend à défendre, améliorer, réviser l'ordre juridique positif, en imposant ses idées, ses conceptions. Un droit positif représente ou le triomphe d'une conception ou il donne un tableau exact de toutes les forces qui étaient en conflit à l'occasion de son élaboration. Le droit positif français issu de la Grande Révolution représente une incarnation la plus pure de la conception individualiste, ou, en d'autres termes, ce droit comporte le triomphe des forces bourgeoises et de ses idées. Les changements successifs de cette législation au cours du XIX^e et du XX^e siècles étaient imposés par le triomphe des autres forces opposées. Quant au droit positif serbe, il a subi l'influence des idées impliquées dans le

Code civil autrichien et l'influence des forces indigènes. Mais au lieu de se modeler par le triomphe de l'une de ces deux forces opposées, il se modela de façon à laisser se cristalliser dans son sein deux systèmes juridiques dont chacun représente l'incarnation d'une conception distincte. Et c'est ce principe de dualité en application du régime de la propriété foncière dont nous avons parlé dans le premier chapitre et qu'il faut avoir constamment présent à l'esprit dans cette étude de la répercussion des principes sur le droit de disposition.

74. Le droit positif français, malgré les changements qu'il a subis lors de la Grande Révolution comporte encore des idées individualistes qui prédominent. C'est de ces idées que s'est inspiré le Code Napoléon, en établissant le pouvoir absolu comme le caractère attributif et essentiel du droit de propriété. Ce principe avec d'autres qui sont relatifs à l'autonomie de la volonté, à la libre circulation des biens, à la liberté individuelle, constituent les éléments de la notion d'ordre public. En d'autres termes, ce sont des principes qui forment le fondement de l'organisation sociale, et qui ne peuvent être atteints ni par les particuliers, ni par le juge, ni par le législateur. Leur respect s'impose à tous. Ces principes étant d'ordre public ne sont pas conciliables avec les restrictions aux actes de disposition, et c'est pour cette raison que le législateur français les a établis à titre exceptionnel, en limitant leur application exclusivement à des cas prévus par la loi. L'influence des principes individualistes sur l'élaboration du droit positif concernant l'organisation de la propriété consiste donc en ceci : 1° *La faculté d'aliéner constitue l'attribut essentiel du droit de propriété, et, par conséquent, cette faculté est d'ordre public* ; 2° *les restrictions sont établies à titre exceptionnel et comme telles elles sont rares et plus relatives qu'absolues* ; 3° *le droit de libre disposition fait partie du*

droit commun ; 4° les restrictions prévues par la loi apportent donc au droit commun une dérogation grave, et, par suite il convient de n'en permettre l'application que dans les cas expressément prévus par les textes ; 5° en présence des restrictions il n'y a lieu qu'à une interprétation strictement restrictive. C'est en cela que réside l'intérêt pratique des discussions précédentes relatives aux principes sur lesquels se fonde l'organisation de la propriété. Ce sont ces cinq principales propositions de la conception individualiste et de ses variantes relatives à la question de savoir si le droit de disposer constitue une prérogative de la personnalité juridique ou du droit de propriété (1).

75. Il en est autrement quand on se place au point de vue positiviste. La conception objectiviste de la propriété nous amène à des propositions tout à fait contraires, ou, pour mieux dire, elle nous amène à des propositions représentant la négation de celles susindiquées : 1° *la faculté d'aliéner ne constitue point l'attribut du droit de propriété ; 2° les restrictions sont normales et comme telles, elles sont plus fréquentes et plus absolues ; 3° le droit de libre disposition ne fait pas partie du droit commun ; 4° les restrictions ne constituent pas une dérogation au droit commun, et c'est au contraire, l'exclusion des restrictions qui est en contradiction avec lui ; 5° l'interprétation la plus large y est admise.*

76. La conception serbe de la propriété-fonction aurait abouti à ces cinq propositions. En effet, il en est ainsi en ce qui concerne la propriété foncière rurale sous la forme de *la propriété d'okoutchyé, de la propriété de la zadrouga*, et en général, de

(1) V. *supra*, p. 53 et 54

la *propriété d'affectation collective* ; mais en d'autres matières, la réglementation juridique a subi l'influence des principes individualistes avec toutes les conséquences pratiques. Il faut donc toujours tenir compte du principe de dualité dans l'application du régime de la propriété foncière. Or, la propriété d'okoutchyé, la propriété de la zadrouga et celle d'affectation collective, tiennent une place distincte dans le droit positif serbe. Ce sont des formes de propriété qui englobent toutes les restrictions comme leurs éléments intrinsèques et essentiels.

77. Restent donc en dehors de l'empire de ce système juridique toutes les restrictions volontaires. En matière de restrictions volontaires, l'application du principe individualiste est plus rigoureuse qu'en droit français. Le législateur serbe s'est attribué exclusivement la compétence d'édicter les mesures restrictives aux actes de disposition. Il considère, semble-t-il, et avec raison, que le législateur seul est appelé à apprécier quand et où il y a lieu d'affecter la propriété d'une destination sociale. En d'autres termes, le droit illimité de disposition peut être violé par le législateur, mais il doit être absolument respecté par les particuliers. Cette conception a conduit à ce paradoxe juridique : les particuliers sont trop peu puissants pour apporter des restrictions par leurs conventions aussi bien qu'ils sont impuissants à les en écarter. En présence des restrictions légales, leur volonté se heurte à des obstacles d'ordre public ; elle se heurte aux mêmes obstacles, si cette volonté veut créer des restrictions. Dans le premier cas il y a la mise en œuvre de la propriété d'affectation qui implique les restrictions comme des éléments intrinsèques constituant l'ordre public ; dans le second cas il y a la mise en œuvre de la propriété individuelle qui doit être libérée de toutes les restrictions qui sont hors du contenu de la notion d'ordre public.

De ce qui précède on peut conclure qu'il y a deux groupes de propositions, l'un à l'autre opposés, sous lesquels se pose la question de la répercussion des principes sur le droit de disposition. Nous nous proposons de les examiner comparativement et simultanément de manière à pouvoir en dégager toutes les conséquences pratiques qui peuvent se produire par l'application de l'une ou de l'autre proposition des deux conceptions distinctes de la propriété.

§ II. — *Principe de la propriété par rapport à l'ordre public.*

78. Si l'on conçoit le droit de disposition comme un des attributs essentiels de la propriété ce droit de disposition devient un principe d'ordre public. L'inexactitude de cette formule d'après la conception contraire se révèle d'une façon frappante dans le droit positif serbe.

La principale question à résoudre dès le début, c'est celle de savoir ce que l'on entend par ordre public ? C'est une question qui a pour nous un grand intérêt pratique. Aux termes de l'article 4 du Code civil français : « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». La même disposition est contenue dans le § 13 du Code civil serbe aux termes duquel : « En ce qui concerne l'ordre public et les bonnes mœurs, on ne peut pas y déroger par la volonté individuelle ou la convention ». « Il n'est pas permis d'y déroger, et toutes les fois qu'une personne aura, dans un acte juridique, méconnu une disposition légale fondée sur des considérations se rattachant à l'ordre public, cet acte sera inefficace, c'est-à-dire ne produira aucun effet, quand bien même la loi n'aurait pas expressément attaché cette sanction à la règle par elle édictée » (1). Or, si le droit de dispo-

(1) CAPITANT : *Introduction à l'étude du droit civil*, op. cit., p. 39.

sition est l'élément constitutif de la notion d'ordre public, toutes les conventions ou les actes unilatéraux apportant des restrictions aux actes de disposition ne produiront aucun effet juridique, à moins qu'ils ne se rapportent à des cas spéciaux prévus par la loi. L'autre conséquence pratique consiste en ce que le juge doit interpréter *in stricto sensu* tous les cas de limitation au droit de disposition.

On appelle ordre public l'ensemble des règles établies par le législateur dans l'intérêt vital de la société. Telle est, malgré les différences de rédaction, la définition que l'on retrouve à peu près identique chez tous les auteurs. Le principe n'est point contesté. Mais les difficultés pratiques apparaissent lorsqu'il s'agit d'en déterminer la portée et de dire quelles lois sont d'ordre public.

Il est très difficile de donner un critérium absolu des lois d'ordre public et de celles qui n'ont pas ce caractère. Il n'y a pas un critérium certain. Il faut d'abord écarter le caractère impératif ou prohibitif de la loi comme critérium de l'ordre public, car la rédaction des lois peut seule révéler ce caractère. Or, les lois même simplement permissives ont en général, une forme absolue, autoritaire. Le critérium de la forme pourrait donc conduire à considérer comme d'ordre public des dispositions de pur ordre privé. Mais si la forme impérative ou prohibitive d'une loi ne peut jamais permettre de la ranger sûrement dans l'ordre public, l'inverse, sa forme permissive autorise de la classer, sans danger d'erreur, dans l'ordre privé (1).

C'est un critérium formel dont l'incertitude est évidente. Il en est de même lorsque le critérium réside dans la mesure où une loi représente la consécration du droit naturel. Ce critérium

(1) V. Maurice MASSERAN : *De la liberté de l'acte juridique et ses limites*, thèse, Montpellier 1899.

métaphysique est le moins certain. Il n'en est pas moins douteux lorsqu'on attribue le caractère d'ordre public à toutes les lois consacrant les facultés au profit des particuliers ou protégeant les intérêts généraux.

Mais, malgré l'incertitude des critères proposés, il faut les prendre tous en considération lorsqu'on veut savoir si une loi est d'ordre public ou non. Il faut même quelquefois s'évader des formules et aller chercher des éléments de critérium ailleurs. « Or, les tribunaux ne peuvent arriver à une solution sur ce point qu'en se pénétrant de la pensée du législateur, en recherchant ses intentions, en se rendant compte surtout des idées générales que la loi, les mœurs, la religion, l'état politique et économique font considérer dans leur pays comme conditions indispensables de l'ordre public. La détermination du rôle qui incombe aux magistrats dans l'appréciation des dispositions légales d'ordre public nous suggère une observation qui est, croyons-nous, de la plus haute importance. L'initiative du juge est bien grande, lorsqu'il est appelé à décider si une question rentre ou non dans l'ordre public ; dans le silence de la loi, il doit rechercher son esprit et souvent pousser ses investigations jusqu'à l'examen des principes constitutionnels sur lesquels repose l'organisation de l'Etat » (1). Pour attribuer le caractère d'ordre public à une disposition légale, il ne faut donc nullement limiter les recherches dans le domaine légal et formel, il faut encore les pousser plus loin, en observant les données historiques, réelles, rationnelles et idéales qui ont déterminé la prescription d'une loi ; et surtout il ne faut jamais perdre de vue les principes sur lesquels se fonde un système juridique. Les dis-

(1) V. FRANZ DESPAGNET : *L'ordre public en droit international privé*, article publié dans le *Journal du droit international privé*, p. 18, de l'année 1889.

positions légales ne sont-elles pas la consécration pure et simple des principes, ou du moins leur émanation. Y a-t-il de plus certain critérium que celui qui réside dans les principes fondamentaux d'une organisation sociale ? Ils sont intangibles, inviolables et sacrés, du moins tant que de nouveaux principes ne viennent s'y substituer.

Mais on ne peut pas quand même contester l'incertitude de ce critérium, puisque tout étant susceptible d'évolution, les principes mêmes ne peuvent échapper à l'effet de cette loi fatale. Tous les droits positifs portent en soi des germes de nouveaux principes, impliquent des dispositions représentant un état transitoire et pourvus du caractère exceptionnel de l'ordre public, en violation même des principes primordiaux. Malgré tout, nous nous servirons de préférence de ce critérium, sans méconnaître tout de même l'importance des autres. Cette préférence est déterminée par la désignation du chapitre et même par le fait que les principes jouent en effet un rôle primordial en ce qui concerne l'organisation de la propriété et les restrictions que forment l'objet de notre thèse.

79. Or, le droit de disposition entre-t-il dans l'ordre public ? *La réponse est affirmative si l'on se place au point de vue individualiste.* Cela résulte du pouvoir absolu que le propriétaire a de disposer de la chose, et qu'il tient du droit naturel. Cela résulte encore du caractère impératif de la loi relative à l'organisation de la propriété, et de l'état économique et politique qui ont fait considérer le principe de la libre circulation des biens comme la condition indispensable de l'ordre public. « La faculté d'aliéner est d'ordre public », dit Aubry et Rau. L'inviolabilité de la propriété est sacrée pour tous et même pour le législateur, étant donné son prétendu caractère universel, éternel et immuable. Le législateur français s'est inspiré exclusivement de

ce principe. A cet ordre d'idées se rattachent les principes : que nul n'est tenu de rester dans l'indivision (art. 815 C. civ. français ; § 492 C. civ. serbe), la prohibition des substitutions (art. 896 C. civ. français et §§ 465, 464 C. civ. serbe en relation avec les articles 38 et 142 de la Constitution Yougoslave de 1921). Le caractère d'ordre public de ces dispositions s'explique par le lien existant entre l'organisation foncière et l'organisation sociale d'un pays. La féodalité était un exemple frappant de cette idée : elle établissait une hiérarchie entre les personnes, d'après la hiérarchie existant entre les terres. Le Code civil français n'a pas voulu permettre à cette organisation de revivre. *Le codificateur serbe n'a pas accepté les principes féodaux de son modèle, le Code civil autrichien ; mais, au lieu d'établir, comme le législateur français, une propriété exclusivement individuelle, le législateur serbe a établi à côté de celle-ci, une propriété foncière rurale de forme particulière dont l'organisation est aussi liée à l'organisation sociale et, par conséquent, est l'élément constitutif de l'ordre public.* Pour le moment, nous nous bornons à la propriété organisée dans le sens des principes individualistes applicables, selon le principe de dualité en application du régime de la propriété foncière dans le droit serbe, en matière de restrictions volontaires en général, et spécialement aux rapports de ceux qui sont les titulaires de la propriété d'affectation individuelle. A ces rapports il faut strictement appliquer les principes individualistes avec toutes les conséquences pratiques, que Laurent précise de la manière suivante : « Mais la propriété est-elle aussi d'ordre public en ce sens que le propriétaire ne peut renoncer à la libre disposition de ses biens que le testateur ne peut la prohiber ? Il a été jugé, en termes absolus par la Cour de Cassation française que la libre disposition des biens est une règle d'ordre et d'intérêt public. La Cour invoque l'art. 544 qui donne au propriétaire le pouvoir abso'

de disposer ; ce droit est de l'essence de la propriété ; si le maître en est dépouillé la propriété est anéantie, et la propriété n'est-elle pas la base de l'ordre social ? Si elle n'est pas d'ordre public, il est certain qu'elle est d'intérêt public. puisque sans la propriété, il n'y aurait plus ni individualité, ni société. Il y a encore un autre intérêt public à ce que les choses restent à la libre disposition du maître, il importe qu'elles viennent dans les mains de ceux qui peuvent en tirer le meilleur parti, à leur profit et au profit de la richesse publique. Aussi la loi dit-elle que tout ce qui est dans le commerce peut être vendu, à moins que des lois particulières n'en aient prohibé l'aliénation. Cela ne veut pas dire que l'aliénation ne peut être défendue que par une loi, et que partant, les particuliers ne peuvent déclarer une chose inaliénable que si une loi leur permet » (1).

80. La sauvegarde du principe individualiste a fait poser la question sur la *licité* des clauses d'inaliénabilité en dehors des hypothèses des biens dotaux et de la substitution permise. Dans la jurisprudence et la doctrine française cette question a soulevé de nombreuses controverses. On a nié la licité de la clause d'inaliénabilité en invoquant les divers principes : « D'abord le caractère absolu du droit de propriété ; puis l'impossibilité qu'il y a pour la volonté des parties de créer capricieusement de nouveaux types de droits réels non prévus par loi » (2). Après de longues discussions la jurisprudence a admis la validité de la clause d'inaliénabilité si elle est motivée par un intérêt sérieux et si elle n'est pas imposée pour une trop longue durée. La clause d'inaliénabilité perpétuelle ou à longue durée n'est pas admise, puisque cette clause aurait été contraire au principe indi-

(1) *Op. cit.*, p. 136. LAURENT : *Principes de droit civil*, vol. VI.

(2) *Op. cit.*, p. 767. CAPITANT : *Droit civil*.

vidualiste sur lequel repose l'organisation de la propriété. Dans le droit positif français le droit de disposition est un droit absolu. « La libre disposition des biens au gré de leur propriétaire est l'un des principes bases de notre droit », dit Bretonneau (1). De nombreux arrêts sont basés sur ce principe fondamental. Par exemple : Req. 27 juillet 1863 D. 64.1.494, dont l'arrêt déclarant licite la condition d'inaliénabilité temporaire est ainsi conçu : Considérant que, bornée dans l'espèce à la durée de la vie du donateur, cette clause n'a point pour effet et pour résultat de frapper les biens d'immobilité et de les faire sortir de la circulation commerciale, pas plus que l'inaliénabilité du fond dotal, ou des biens légalement substitués ; qu'elle ne porte pas atteinte davantage à la capacité civile du donataire, qui demeure investi de la plénitude de ses droits civils, et en qui réside désormais le principe de la propriété des biens donnés, encore bien qu'il lui soit temporairement interdit de s'en dessaisir ». Il s'ensuit que la clause d'inaliénabilité est licite en tant qu'elle ne porte atteinte au principe fondamental de la libre disposition des biens qui est un attribut essentiel du droit de propriété. Dans le même sens l'arrêt du 24 janvier 1899 D. 1900. I. 533 qui est ainsi conçu : Considérant que la clause testamentaire déferée à l'appréciation de la Cour ne saurait être réputée non écrite comme contraire aux lois par l'application de l'art. 900 C. civ. qu'elle ne contient, en effet, *ni une prohibition indéfinie d'aliéner*, puisque cette prohibition, manifestement stipulée dans l'intérêt exclusif des légataires doit cesser avec leur propre existence et se trouve par là-même relative et essentiellement temporaire, *ni une interdiction absolue de vendre*.

81. Voilà les principes directeurs qui ont conduit la jurisprudence française à l'application de la clause d'inaliénabilité.

La clause d'inaliénabilité, thèse, Paris 1902, p. 73.

Quant à la jurisprudence serbe, elle n'a admis aucune clause d'inaliénabilité en dehors des hypothèses légales ; elle ne s'est jamais permis une interprétation plus extensive en matière de restrictions volontaires. En présence des actes individuels contenant des restrictions aux actes de disposition, la jurisprudence serbe aurait dû appliquer strictement le principe du droit absolu de disposition inséré dans les §§ 213 et 216 du Code civil en relation avec le § 13 C. civ. qui défend aux particuliers de déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent l'ordre public. En un mot, la jurisprudence serbe applique à la lettre le § 214 C. civ. aux termes duquel : « les restrictions au droit de propriété ne sont jamais présumées ; elles doivent être prévues expressément par la loi pour pouvoir les invoquer valablement en justice ». Ce paragraphe condamne à la nullité toutes les clauses d'inaliénabilité qui ne sont pas prévues et permises par la loi. La clause d'inaliénabilité en dehors des hypothèses légales est donc expressément défendue dans le droit positif serbe, à la différence du droit positif français dans lequel la nullité de la clause d'inaliénabilité insérée dans une donation ou dans un legs n'est visée expressément par aucun texte de loi. La jurisprudence française à défaut d'une loi interdisant expressément la clause d'inaliénabilité a dû invoquer le principe individualiste de la propriété et le principe économique de la libre circulation des biens sur lesquels elle fondait la nullité de la clause. La jurisprudence serbe, outre ces principes contenus dans les §§ 211 et 27 C. civ. aurait invoqué le § 214 C. civ. qui défend expressément l'admission des mesures restrictives non prévues par la loi. C'est l'application la plus rigoureuse de la propriété individuelle ; on peut y voir encore l'application de ce principe que nous avons dégagé de notre droit que seul le législateur est autorisé et compétent pour édicter des mesures restrictives aux actes de disposition. Nous avons vu dans le

chapitre précédent ' qu'on peut distinguer quatre catégories de propriétés dans le droit serbe ; — et bien c'est la quatrième catégorie comprenant la *propriété d'affectation individuelle* qu'il faut soumettre au jeu des principes individualistes, quand il s'agit d'apprécier la validité des restrictions qui y sont apportées.

82. Il n'en est pas de même des autres catégories de propriété et des restrictions. Les propriétés d'affectation *collective, familiale* et *agraire* sont soustraites à l'application des principes individualistes. Dans leur contenu ne figure point le droit de disposition comme l'élément essentiel et exclusif, et dès lors, ce droit de disposition n'entre pas dans l'ordre public. L'idée d'affectation a rendu plus extensive la notion d'ordre public. Quant au critérium, il se révèle des considérations sociales et du but dont la propriété est affectée. Le juge en appréciant la validité d'un acte passé par le titulaire d'une propriété d'affectation, porte son investigation sur le fait que l'acte en cause est ou non de nature à compromettre l'affectation de la propriété, et dès lors, il le valide ou l'annule. C'est ce but qui, en quelque sorte, constitue l'ordre public. Il est tout à fait indifférent que l'acte en question porte atteinte au principe absolu du droit de disposition ou au principe de la libre circulation des biens ; ce qui importe c'est d'examiner si l'acte compromet la fonction de la propriété. Il est aussi indifférent si l'acte en question est prohibé expressément ou non par la loi, pourvu qu'il s'agisse de rendre plus efficace la réalisation du but dont la propriété est affectée. Un exemple : la loi de Homestead serbe prohibe l'aliénation et la saisie des biens du Homestead ; mais, en ce qui concerne la précision et l'énumération des actes défendus, et le moment

où il faut se placer pour déterminer quand il y a la réunion de toutes les conditions légales, la loi est muette. Cette lacune est comblée par la jurisprudence qui s'est inspirée de l'idée de l'interprétation la plus large et la plus favorable au renforcement de la protection de la petite exploitation, ou, pour mieux dire, qui s'est efforcée de mettre en œuvre l'affectation sociale de la propriété. C'est dans ce sens qu'il faut entendre notre affirmation que le but dont la propriété est affectée figure dans le contenu de l'ordre public. Tous les actes qui gênent ou compromettent la réalisation de ce but sont en même temps contre l'ordre public. On ne peut pas trouver un seul arrêt qui mette en jeu le principe individualiste de la propriété c'est-à-dire le droit absolu de disposition pour justifier la *licité* ou l'*illicé* d'un acte juridique passé par le propriétaire. Cet acte est *licite* ou *illicite* suivant sa compatibilité avec le but d'affectation et suivant cette même compatibilité il est en concordance ou en violation avec l'ordre public. Nous verrons plus loin, dans le chapitre consacré à l'institution de l'okoutchyé, comment la jurisprudence faisait arbitrairement des créations en faveur de la protection de la petite propriété rurale en limitant le plus possible le droit de disposition du propriétaire paysan. Pour le moment nous citons seulement un arrêt typique dans la justification des restrictions : « cette atteinte au principe absolu de la libre disposition a son fondement dans les besoins économiques et sociaux de notre communauté sociale » (1).

83. On peut faire jouer un autre principe que celui du droit absolu de disposition ou de la libre circulation des biens pour justifier juridiquement la nullité de la clause d'inaliénabilité.

(1) V. S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire*, 1925, p. 300 ; l'arrêt de décembre 1925, toutes chambres réunies.

Dans le droit français on a essayé de justifier la nullité de la clause d'inaliénabilité par cette idée que cette clause porte atteinte à la capacité civile du donataire ou du légataire, atteinte implicitement condamnée par les articles 6, 1123 et 1124 du Code civil. Si l'on concevait le droit de disposition comme l'attribut de la personnalité juridique (1), la clause frapperait la capacité civile du donataire ou du légataire, ce qui entraînerait la violation de l'ordre public, étant donné le caractère prohibitif de la loi relative à l'état des personnes. Mais le droit de disposition reste intact par la supposition de l'idée d'incapacité, mais tout de même la clause ne saurait être justifiable puisque la capacité civile est hors des stipulations privées. Pour justifier l'admission de la clause, il ne suffit pas de prouver que le droit de disposition n'est pas atteint ; il y a encore d'autres principes individualistes et absolus qui doivent rester hors de la portée de la clause et auxquels le législateur a attribué le caractère d'ordre public. Or, on insiste en vain que « l'idée d'incapacité suppose que le propriétaire a une pleine et libre propriété avec ses attributs ordinaires, y compris le *jus abutendi* ; on tire seulement de son état mental ou de sa situation sociale, l'interdiction pour lui d'en faire tel usage qui semble incompatible avec l'un ou l'autre, ici d'en disposer » (2). Cette idée d'incapacité n'est acceptée ni par la doctrine ni par la jurisprudence française... Que la question de capacité doive en principe rester étrangère à notre espèce, c'est ce qu'a nettement affirmé la Cour de Rennes (3) dès les premiers temps de la controverse : « Attendu que la clause d'aliénabilité ne porte pas atteinte davantage à la capacité civile du donataire, qui demeure investi de la plénitude de ses droits civils, et en qui réside désormais le

(1) V. *supra.*, p. 84.

(2) BRETONNEAU : *Etude sur les clauses d'inaliénabilité en dehors du contrat de mariage et des substitutions permises*, thèse, Paris 1902. *Op. cit.*, p. 15, 16.

(3) 22 mars 1862, précité.

principe de la propriété des biens donnés, encore bien qu'il lui soit temporairement interdit de s'en dessaisir. Il y a lieu, en effet, de distinguer d'une part le donataire ou légataire à qui défense est faite d'aliéner le bien donné ou légué et d'autre part les incapables, comme le mineur, l'interdit, la femme mariée et généralement tous ceux à qui la loi interdit certains actes. En créant l'incapable — ce que seule elle a le droit de faire — la loi se préoccupe avant tout de l'état de la personne (âge, faiblesse d'esprit, femme en puissance de mari, qualités ou professions) ; le terme d'incapacité, visant précisément la personne incapable, confirme cette idée. Les biens restent alors susceptibles de faire l'objet de conventions, seulement dans l'intérêt de l'incapable, ces conventions sont soumises aux formalités prescrites par la loi. Ou bien, si la loi interdit à certaines personnes certaines conventions relatives à certains biens (1) c'est encore à raison de la qualité de ces personnes. En un mot, chez l'incapable proprement dit, l'incapacité affecte principalement la personne, dont elle modifie inévitablement l'état. Ce sont au contraire des considérations relatives à *la destination*, à *l'utilité des biens*, qui justifient les cas d'inaliénabilité (2).

84. On a essayé de justifier l'admission de la clause par la théorie de l'obligation. L'obligation laisse entièrement intacts le contenu du droit et la capacité de son titulaire : elle consiste en un simple engagement personnel pris par le propriétaire de ne pas faire tout ce que son droit lui permettrait de faire, et en particulier de ne pas aliéner » (3). Cette doctrine nouvelle dont M. Bartin est le représentant, n'est pas absolument en opposition avec la conception individualiste de la propriété, puisqu'elle

(1) Art. 1595 à 1597 C. Civ.

(2) V. La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, par Albert WAGNER, *Revue trimestrielle du droit civil*, p. 324, année 1907.

(3) BRETONNEAU, *op. cit.*, p. 15, 16.

échappe à toute objection tirée de la dénaturation du droit de propriété ou de la destruction du crédit public (1). Ne se fait-il pas illusion ? se demande Bretonneau. Car, de quelque façon qu'on analyse en droit la clause, le résultat n'est-il pas le même en fait. Une propriété sans *jus abutendi*, inaliénable et insaisissable ? Et c'est ce résultat même qui est contraire aux principes de l'économie politique et de l'organisation de la propriété (2).

Si l'on veut donc rester fidèle au principe absolu du droit de disposition, l'admission de la clause, même relative, ne saurait point se justifier juridiquement : ni par l'idée d'incapacité, ni par l'idée d'obligation. Cette admission n'est justifiable qu'en dehors du cadre de la conception individualiste de la propriété. La conception de M. Bartin est trop étroite en ce qu'elle ne permet pas de stipuler l'inaliénabilité au profit du propriétaire même dont elle restreint la liberté. Elle est aussi trop étroite, et insuffisante, en ce qu'elle ne permet pas de lui donner la seule sanction qui lui soit parfaitement adéquate, qui en assure le respect avec efficacité et conformément à la volonté du disposant : la nullité des actes d'aliénation faite à son mépris. La méconnaissance de la clause d'inaliénabilité aurait été sanctionnée seulement par des dommages-intérêts alloués au créancier (3). Ce raisonnement juste de Bretonneau a conduit celui-

BARTIN : *Théorie des conditions illicites ou contraires aux mœurs*, p. 167, 166 ; citée par BRETONNEAU, p. 157 et 161.

(2) BRETONNEAU, *op. cit.* p. 161.

(3) Rappelons que, d'après la théorie de l'obligation le créancier de l'obligation qui pourra réclamer des dommages et intérêts au gratifié sera le donateur si c'est dans l'intérêt du donateur que la prohibition d'aliéner a été faite ; sinon ce sera le tiers dont l'intérêt aura été cherché, celui-ci tenant son droit d'une stipulation pour autrui sous-entendue dans la donation ou d'un legs tacite sous-entendu dans le testament, suivant que la prohibition a été insérée dans une donation ou dans un testament. Ce droit a justement pour objet la créance éventuelle en dommages et intérêts qui naîtra de l'infraction. Rappelons aussi que, d'après cette théorie, l'intérêt poursuivi ne peut jamais être celui du gratifié lui-même (Bretonneau, p. 273).

ci à faire l'essai d'une théorie nouvelle de la propriété. Voyant que la licite de la clause d'inaliénabilité est inadmissible et injustifiable si l'on conçoit le droit de disposition comme l'attribut essentiel du droit de propriété, il a essayé de fonder une autre théorie d'après laquelle le droit de disposition aurait été retranché du contenu du droit de propriété. D'abord, il s'efforce de prouver l'inexactitude de la définition traditionnelle du droit de propriété avec le *jus abutendi* comme caractéristique essentielle. Comme Planiol (1), il considère que les choses en elles-mêmes sont hors de notre portée juridique, nous ne les atteignons jamais que par l'intermédiaire de droits, et ce sont ces droits qui sont de créance, d'usufruit, de propriété ou tels autres qu'on voudra, dont l'ensemble seul constitue nos patrimoines, de sorte que quand un propriétaire aliène, il n'aliène pas plus la chose corporelle que ne le fait un créancier ou un usufruitier, mais seulement le *droit*, droit de propriété qu'il a sur elle ; et nous disons que puisque le droit de disposition est le même dans l'usufruit et dans la créance que dans la propriété, c'est à tort qu'on en a fait l'attribut signalétique de la propriété (2). Nous avons vu déjà que cette conception n'est susceptible d'enlever au droit de disposition son caractère d'ordre public et qu'elle est dès lors exclusive en ce qui concerne l'admission de la clause d'inaliénabilité. Bretonneau, en reconnaissant lui-même l'insuffisance de cette conception de Planiol, renforce sa démonstration par la citation des cas légaux de restrictions, à savoir : *la réserve légale, l'insaisissabilité de certains biens* que la loi soustrait à la mainmise des créanciers ; *les substitutions permises* et *les immeubles dotaux*. Ce sont quelques cas où la propriété existe sans *jus abutendi*, et, par suite, conclut Bretonneau, il est inexact de la caractériser et

(1) V. *supra*, p.

(2) BRETONNEAU, *op. cit.*, p. 571.

de la définir par le *jus abutendi*. En écartant ainsi la définition traditionnelle de la propriété, il lui en substitue une autre qui lui semble plus exacte pour montrer que la clause d'inaliénabilité est en harmonie parfaite avec elle, de sorte qu'elle ne dénature pas le droit de propriété. Cette autre définition est celle de la conception de la propriété-fonction. Mais cette conception est-elle celle du législateur français, de la doctrine et de la jurisprudence françaises ? Si les rédacteurs du Code Napoléon s'étaient inspirés de cette conception, à quoi bon toute la discussion sur la licéité de la clause d'inaliénabilité ? Bretonneau insiste sur l'affirmative. « Cette notion, dit-il, ne contient aucune contradiction à l'égard de notre droit et de ses principes directeurs, tels que les textes se révèlent (1). C'est une affirmation très hardie, étant donné l'esprit individualiste de l'époque où le Code Napoléon se fit jour et les textes formels qui le consacrent aussi bien que presque l'unanimité de la jurisprudence et de la doctrine en se prononçant pour ce principe. Si quelques cas légaux de restrictions existent où la propriété se rapproche d'une *propriété à destination*, cela ne prouve pas encore que le législateur a conçu une propriété qui n'aurait contenu un *jus abutendi* comme l'attribut essentiel, et même dans l'affirmative, pourrait-on nier le caractère d'ordre public que le législateur français a attribué au principe économique de la libre circulation des biens ? Et par cela même que ces restrictions prévues par la loi ne sont pas *obligatoires*, on peut conclure que le législateur ne voulait pas les rendre indispensables à l'organisation sociale. Il s'ensuit que l'idée d'indisponibilité réelle que Bretonneau prétend attribuer à la clause d'inaliénabilité n'est pas admissible dans le droit positif français, de même que sa théorie nouvelle de la propriété.

(1) *Op. cit.*, p. 194.

Dans le droit positif serbe, cette théorie de la propriété-fonction (1) et l'idée d'indisponibilité réelle, sont consacrées par le législateur et la jurisprudence (2). L'indisponibilité s'attache non pas à la personne du propriétaire, mais à la chose expropriée qu'elle retire du commerce, ou plus exactement au droit de propriété dont elle modifie le contenu en retranchant le *jus abutendi* : de sorte que si le propriétaire ne peut pas aliéner, c'est que, à la lettre, il n'en a pas le droit. Cette idée est inadmissible dès qu'on s'inspire d'une idée individualiste de la propriété.

§ III. — *La nature juridique des restrictions volontaires et légales, et la sanction des actes passés à leur mépris par rapport au principe de la propriété.*

85. Dans le droit français, la nature juridique de la clause d'inaliénabilité est explicable par l'idée d'obligation. Cette idée est compatible avec l'esprit individualiste. Quant à la nature juridique des inaliénabilités prévues par la loi, celles-ci sont explicables par l'idée d'incapacité. « Faut-il considérer l'inaliénabilité dotale comme une pure indisponibilité réelle ou bien comme une aggravation de l'incapacité de la femme mariée ? Est-ce le bien en lui-même qui est retiré du commerce ? Ou est-ce la femme dotale qui est déclarée incapable d'en disposer sans que l'autorisation de son mari ni celle de la justice puisse la relever de cette incapacité ? La question est oiseuse, car l'indisponibilité d'un bien ne peut jamais s'expliquer que par l'interdiction faite à son propriétaire de l'aliéner, c'est

(1) V. *supra*, p. 67.

(2) V. *infra*, p. 126.

une incapacité frappant une personne (1). Quant à la substitution, la doctrine française n'est pas unanime en ce qui concerne la nature juridique du droit du grevé : 1° le grevé est un propriétaire sous condition résolutoire ; 2° le grevé est un propriétaire ordinaire pouvant se transformer sous une certaine condition (qui est l'ouverture de la substitution) en un propriétaire de biens inaliénables (2). ; et enfin, 3°, le droit de propriété du grevé ne comporte pas le pouvoir de faire des aliénations définitives (3)

86. — Dans le droit serbe, l'inadmissibilité et la nullité de la clause d'inaliénabilité en dehors des hypothèses légales se fonde sur les §§ 14, 214 et 538 du Code civil. Eh bien, quelle est la nature juridique des restrictions volontaires permises ? Celles-ci ne sont pas nombreuses : la substitution fidéicommissaire du § 464 du Code civil est l'unique forme des restrictions contenues dans les actes à titre gratuit. Quant à celles contenues dans les actes à titre onéreux, il n'y a que des restrictions que comportent le pacte de réméré et le contrat de vente dans lequel les contractants ont inséré une clause de préemption légale en faveur du vendeur (les §§ 662-667 du Code civil).

87. — Les clauses insérées dans le contrat de vente représentent diverses modalités de la vente. La vente à réméré, d'après la conception française, est une vente sous condition résolutoire : la condition résolutoire consiste dans la faculté de rachat que s'est réservée le vendeur ; celui-ci a vendu sous la condition que la vente sera résolue s'il exerce le rachat dans le délai convenu. Cette condition vient-elle à tom-

(1) PLANIOL ET RIPERT : *Traité élémentaire de droit civil*, Tome III, éd. 1927, p. 31.

(2) PLANIOL, *op. cit.*, p. 88.

(3) BARTIN : *Théorie des conditions impossibles et illicites*.

ber, ce qui arrive quand le vendeur laisse passer le délai fixé sans user du pacte de rachat. l'acheteur devient propriétaire incommutable. Au contraire, la condition se réalise-t-elle, le vendeur ayant usé du pacte dans le délai fixé, tout est alors remis dans le même état que si la vente n'avait jamais eu lieu : l'acheteur est donc sensé n'avoir jamais été propriétaire, et le vendeur n'avoir jamais cessé de l'être (1). On dirait que le pacte de réméré, d'après sa nature juridique, n'a aucun rapport avec le droit de disposition ou la capacité civile de l'acheteur. Mais, en effet, l'acheteur est justement restreint dans sa liberté de disposer à son gré des biens achetés. L'idée de condition résolutoire est la plus susceptible d'expliquer les diverses situations juridiques dans lesquelles les contractants peuvent se trouver, mais, en fait, le pacte de réméré apporte des restrictions aux actes de disposition, et il met une entrave à la libre circulation des biens. Pour rendre cette entrave moins gênante et moins durable, le législateur français a disposé, dans l'article 1660 du Code civil, que « la faculté de rachat ne peut être stipulée pour un terme excédant cinq années et que ce terme fixé est de rigueur et ne peut être prolongé par le juge » (art. 1661). Le pacte de réméré est d'une nature différente dans le droit serbe. Ici, il tient plus de la nature du droit réel que de la condition résolutoire, et il peut entraver plus rigoureusement la libre circulation des biens. De même, il emporte la diminution du crédit de l'acheteur et dénature en quelque sorte sa propriété. Cette nature particulière consiste en ce que la faculté de rachat peut être stipulée durant la vie du vendeur, et que ce pacte, inscrit dans les livres fonciers, constitue un droit réel en faveur du vendeur. En effet, ce droit ainsi constitué dénature la propriété de l'acheteur en

(1) BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, p. 640.

paralysant tous les effets des actes de disposition passés par celui-ci, de sorte que le vendeur peut revendiquer les biens même aux tiers en vertu de son droit réel acquis par l'inscription du pacte aux livres fonciers (1). L'inscription du pacte, semble-t-il, réserve au vendeur le *jus abutendi*, et la vente à réméré ne transmet à l'acheteur qu'un droit d'usufruit et un droit éventuel de propriété dont la transmission est conditionnée par la mort du vendeur ou par sa renonciation au droit que le pacte lui confère. A l'appui de notre opinion sur la nature juridique du droit provenant du pacte de réméré, on peut tirer un argument des effets juridiques que l'inscription aux livres fonciers (*Intobulacioni Protocol*) est susceptible de produire dans le droit serbe. Cet effet est double : *l'inscription est constitutive ou translatrice de droits réels*. Un droit réel n'est pas constitué ou transmis, soit *inter partes*, soit envers les tiers, s'il n'est pas inscrit ou transcrit dans les livres fonciers. Or, le pacte de réméré inscrit dans « *intobulacioni protocol* » n'a d'autre effet que de constituer en faveur de l'acheteur un droit d'usufruit. Il serait inexact de dire que cette inscription n'a pour but que de rendre le pacte public. La loi dispose que la connaissance des actes inscrits dans les livres fonciers est présumée *de jure* ; mais l'effet principal c'est la constitution d'un droit qui pèse sur l'immeuble qui le suit et qui ne s'éteint pas même si la chose est passée à un tiers, à moins que ce droit n'eût été rayé des livres fonciers (§ 911 C. civ.).

88. L'idée d'usufruit que nous attribuons au droit de l'acheteur lié par le pacte de réméré n'est pas en contradiction avec la conception de la propriété qui ne contient pas le *jus abutendi*.

(1) Dans le même sens M. Z. PERITCH, V. *Le contrat de vente*, t. III, p. 73 à 79.

comme attribut essentiel. En matière de restrictions légales, la jurisprudence a consacré cette conception de la propriété, et même statuant sur les cas des substitutions fidéicommissaires, la jurisprudence déclare dans plusieurs de ses arrêts que l'institué, le grevé, est un usufruitier et que dès lors, il faut appliquer dans ce cas, les dispositions relatives au droit d'usufruit, c'est-à-dire que le grevé n'a plus de droit sur les biens substitués qu'un usufruitier sur les biens qu'il possède en usufruit (1). Le grevé est donc tout-à-fait assimilé à un usufruitier, et les rapports entre lui et l'appelé sont réglés par les §§ 371-393 C. civ. La doctrine s'est ralliée à l'opinion de la jurisprudence. Or les auteurs et la jurisprudence s'accordent à reconnaître que le droit du grevé est assimilable au droit d'usufruit. Il s'ensuivrait que l'appelé est un nu-propriétaire ; mais il en est autrement : l'appelé ne peut en aucune manière disposer de son droit, tant que les cas d'ouverture de la substitution n'a pas eu lieu. M. Dr. Arandjelovitch assimile le droit de l'appelé au droit éventuel des successeurs (2). Il résulte de ce fait que les restrictions impliquées dans la substitution fidéicommissaire rendent une forme particulière de propriété qui est régie d'après le but dont cette propriété est affectée, et suivant le cas concret, on applique tantôt les dispositions relatives à l'usufruit, tantôt celles relatives à la copropriété, puisque les jurisprudences admet l'aliénation des biens fidéicommissaires si l'appelé y consent.

89. Ainsi expliquée la nature juridique des restrictions volontaires, l'idée d'indisponibilité réelle est admise implicite-

(1) En ce sens l'arrêt du 8 février 1900, chambres réunies Golko NIKE-TITCH. Les décisions de la séance plénière de la Cour de Cassation 1, III, t. V, p. 141.

(2) V. *Le droit de succession*, p. 78.

fruit, et d'autre part, elle est la conséquence logique de la conception de la propriété-fonction dont la jurisprudence serbe s'est inspirée. Cette idée d'indisponibilité ou d'affectation attribuée au grevé ou à l'acheteur lié par le pacte de réméré la qualité de représentant de l'affectation ou la qualité titulaire d'exercice (I).

En somme, quant aux restrictions volontaires, la jurisprudence se montre très respectueuse pour le principe absolu du droit de disposition lorsqu'il faut annuler comme contraire à l'ordre public les restrictions volontaires non permises par la loi ; mais quand il s'agit de déterminer la nature juridique des restrictions permises, elle revient à sa conception fondamentale et préférable de la propriété-fonction. Cette conception est prédominante qu'on est tenté de conclure qu'en aucun cas, le principe individualiste n'est en jeu ; même lorsque la jurisprudence n'admet pas la clause d'inaliénabilité en dehors des hypothèses légales, c'est plutôt pour respecter le principe du § 214 C. civ. : que seul le législateur est appelé à édicter des mesures restrictives, que c'est pour respecter le principe du droit absolu de disposition.

90. En ce qui concerne la nature juridique *des restrictions légales et absolues* (2), la jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de l'idée d'indisponibilité réelle. Quand il s'agit d'atteindre le but dont la propriété est affectée, l'idée d'indisponibilité réelle donne des garanties les plus efficaces contre les détournements. Aux termes de l'arrêt du 5 décembre 1925 (3) : « Dans l'esprit du § 471 du Code de procédure

(1) V. *supra*, p. 81 à 87.

(2) V. Introduction.

(3) S. KOVATSCHEVITCH, *Pratique judiciaire*, p. 495, année 1925.

civile le but du législateur était d'assurer à l'agriculteur un minimum de terre et, pour y aboutir, le législateur a mis ce *minimum hors de la circulation* (*extra commercium*), de façon que même le propriétaire ne peut pas en disposer, sauf dans des cas expressément prévus par la loi. Cela résulte de la section 4 du § 471 C. de proc. civ. aux termes duquel l'agriculteur ne peut aliéner ce *minimum* non seulement par la vente, mais d'aucune autre manière ; sinon les particuliers auraient pu éluder l'application de cette prohibition légale édictée dans l'intérêt général et de la sorte le but du législateur aurait été manqué ». Cet arrêt est fondamental non seulement pour les restrictions du droit de l'okoutchyé, mais aussi pour toutes les restrictions de nature absolue, sauf celles relatives (1) qui ne font que gêner la circulation des biens. Cet arrêt dont tous les autres se rapprochent représente la consécration et la démonstration de l'idée de la propriété d'affectation à laquelle l'idée d'indisponibilité réelle est inhérente (2). Quant aux restrictions relatives résultant du droit de préemption légale, leur nature juridique participe de la nature personnelle et réelle de ce droit.

91. Quel intérêt y a-t-il à expliquer la nature juridique des restrictions par l'idée d'indisponibilité réelle ? Cet intérêt se reflète dans la façon de sanctionner les prohibitions restrictives. La nullité qui frappera l'acte de disposition fait à leur mépris présentera des caractères différents suivant qu'on la fera procéder d'une *incapacité méconnue*, d'une *indisponibilité violée*, d'une *obligation inexécutée* ou d'une *condition résolutoire*. L'idée d'indisponibilité réelle entraîne encore l'imprescriptibilité des biens affectés.

(1) V. Introduction, p.

(2) V. *supra*, p.

92, 93. Quant à l'inaliénabilité des biens de la substitution fidéicommissaire, la jurisprudence a résolu la question de la sanction en faisant intervenir l'idée d'usufruit c'est-à-dire implicitement l'idée d'indisponibilité réelle. Or, la validité des actes passés par le grevé se conforme aux règles relatives à l'institution d'usufruit (1). Par analogie et dans l'esprit de notre droit positif, il faut appliquer la même solution à l'inaliénabilité des biens achetés sous la réserve du pacte de réméré dont l'inscription aux livres fonciers est effectuée. Si l'on expliquait la nature juridique du droit de l'acheteur par l'idée de condition résolutoire, sous la supposition que l'acheteur a fait l'acte d'aliénation, — tout se passerait comme si l'acheteur n'était jamais le propriétaire. La nullité de son acte serait fondée sur le principe que nul ne peut céder plus de droits qu'il n'en a lui-même § 29 C. civ. Mais *quid*, si le tiers oppose la prescription acquisitive ? Il est évident que cette prescription est opposable, si l'on admet l'idée de condition résolutoire, ou l'idée d'obligation de ne pas faire ; elle est même opposable si l'on admet l'idée d'usufruit, à moins que celle-ci ne suppose l'idée d'indisponibilité réelle. En supposant que le pacte est inscrit aux livres fonciers, la prescription acquisitive ne saurait être opposable par la force d'application du § 911 qui dispose que « les obligations pesant sur les immeubles et inscrites aux livres fonciers ne s'éteignent que lorsqu'elles sont rayées »... et des §§ 327 et 328 en relation avec une loi d'interprétation du 13 juillet 1850 et une circulaire du 2 novembre 1862 d'après lesquelles toutes les conditions accompagnant un acte translatif de propriété et inscrit aux livres fonciers suivent la chose. Il s'ensuit que la prescription acquisitive ne serait pas opposable

(1) Nous reprendrons cette question dans la troisième partie.

au vendeur qui aurait demandé la restitution des biens vendus sous la réserve du pacte de réméré inscrit aux livres fonciers. L'idée de condition résolutoire est par cela même écarté ; elle l'est d'autant plus quand on met en jeu l'idée d'indisponibilité réelle comme pendant de la conception de la propriété d'affectation. M. Péritch soutient la même solution par le raisonnement suivant : la prescription acquisitive est inopposable au vendeur, si le tiers n'est pas de bonne foi, ce qui est présumé de *jure* en cas d'inscription du pacte aux livres fonciers. M. Péritch admet même l'inopposabilité au défaut de transcription du pacte pourvu que le tiers soit de bonne foi (1). Faute de transcription du pacte de réméré le tiers peut opposer la prescription acquisitive, puisque le vendeur ne s'est fait constituer aucun droit réel. Dans cette hypothèse il n'y a pas même lieu à l'application du principe *Resoluto juris datis, resolvitur jus accipientis*, si le tiers a fait inscrire son titre sur les livres fonciers, c'est-à-dire s'il a fait acte formel et solennel dit « oubachtignégné », acte translatif de propriété.

L'idée d'usufruit n'est pas susceptible de rendre inopposable la prescription acquisitive dont le tiers peut se prévaloir contre les appelés, à moins que la substitution ne soit rendue publique par voie de transcription (2). L'ayant-cause d'un usufrui-

(1) V. Le *contrat de vente*, t. III, p. 107.

(2) Dans la doctrine française, il y a une divergence d'opinion quant à la question de l'opposabilité de la prescription acquisitive contre les appelés. Selon Demolombe il faut distinguer deux cas : 1° la *prescription est invoquée par les tiers qui ne tiennent pas leur droit du grevé*. Dans ce cas la prescription accomplie contre le grevé est opposable aux appelés, hors même qu'ils seraient majeurs (T. 22, 554 bis). Par exemple, c'est un tiers qui a possédé, pendant le temps et dans les conditions requises pour la prescription, un immeuble substitué, soit sans titre, comme usurpateur, soit en vertu d'un titre émané d'un autre que du grevé. Eh bien ! cette prescription accomplie est opposable aux appelés. On arrive aux mêmes résultats, en dépit même de la transcription de la substitution, « Quant à la transcription, elle est une mesure de publi-

tier peut usucaper s'il est de bonne foi et en possession d'un juste titre — § 926 C. civ. Mais si l'on fait intervenir l'idée d'indisponibilité réelle, le tiers ne peut pas invoquer le droit de prescription contre les appelés. Les biens frappés d'indisponibilité réelle sont mis hors de commerce ; ils ne peuvent être l'objet d'aucune transaction ; les actes qui les ont pour objet sont *inexistants*, et par suite, ils ne peuvent pas servir de *titre pour l'usucapion*.

Pratiquement, cette question se pose très rarement, puisque pendant 24 ans, délai de l'usucapion, il est probable que l'ouverture de la substitution surviendra, ou que le vendeur exercera son droit de réméré ou que ce droit s'éteindra par suite de sa mort.

94. Reste encore à examiner l'application de l'idée d'indis-

cité en faveur des tiers créanciers, acquéreurs ou donateurs, qui contracteraient avec le grevé ; mais elle ne modifie pas les règles de la prescription à l'égard de ceux qui l'invoquent en vertu du droit commun, comme un mode de libération ou d'acquisition, que la loi leur permet d'invoquer, en effet, contre tout créancier ou tout propriétaire, quel qu'il soit, sous les seules conditions qu'elle détermine ». Il y a encore un autre argument décisif contre l'imprescriptibilité : « mais pourtant les biens substitués ne sont point hors de commerce, et aucun obstacle, résultant de leur nature propre ne s'oppose à la prescription ». *Il résulte de là par argumentum contrario què, si les biens sont hors de commerce, la prescription acquisitive est inopposable. Dire qu'ils sont hors de commerce, c'est dire qu'ils sont affectés à un but objectivement utile et légitime* (V. Introduction, p.). C'est un raisonnement en rapport logique avec le principe positiviste de la propriété. Raisonner autrement, c'est prendre pour point de départ les principes individualistes : faute de prescriptions spéciales, il faut appliquer le droit commun ; or, la substitution limite le droit de disposition et ses règles doivent avoir une application rigoureusement restrictive ; ni des dispositions relatives à la prescription, ni celles relatives à la substitution ne disent rien sur le caractère opposable ou inopposable de la prescription acquisitive ou libératoire contre les appelés majeurs ou mineurs, et dès lors, il est évident qu'il faut mettre en jeu les principes généraux sur l'organisation de la propriété.

La seconde hypothèse de Demolombe est la suivante : les tiers tiennent leur droit du grevé. Dans cette hypothèse, il faudrait appliquer les dispositions des art. 1.069 et 1.070 C. Civ. La solution dépend du fait de la publication de l'acte de substitution.

ponibilité réelle en matière de restrictions légales. Nous avons vu que la jurisprudence s'est prononcée pour cette idée, et elle l'a appliquée dans toutes ses conséquences pratiques. Nous reprendrons l'analyse minutieuse de cette question dans notre seconde partie, et nous verrons comment le but dont la propriété est affectée aurait été omis, si la jurisprudence n'eût pas admis l'idée d'indisponibilité réelle. Par exemple, si l'on admet *l'idée d'obligation de ne pas faire* en matière d'inaliénabilité du fond de l'okoutchyé on est d'abord frappé de toute l'absurdité de cette hypothèse, et puis, cette idée suppose l'existence de nombreuses possibilités de détournements. En premier lieu cette idée est absurde, puisque le droit de l'okoutchyé ne suppose aucun acte juridique entre les particuliers, et par conséquent, à l'égard de qui l'obligation doit-elle exister, et qui peut être le créancier ? On peut objecter que c'est une obligation légale de ne pas faire. Mais dans ce cas le titulaire du droit de l'okoutchyé s'il avait agi quand même, aurait dû être responsable pour les dommages-intérêts ! A qui ? A son ayant-cause ? Mais, alors le bénéfice du droit de l'okoutchyé serait-il une compensation suffisante du dommage auquel le paysan protégé, serait l'exposé constamment. Dans cette hypothèse, le droit de l'okoutchyé ne serait pas un bénéfice mais une charge sans contre-partie. En second lieu, si on suppose que cette obligation consiste en ce que les non-bénéficiaires s'abstiennent de contracter avec les bénéficiaires de la loi d'okoutchyé, la méconnaissance de cette obligation aurait entraîné la réparation du dommage causé au bénéficiaire ; et, en fin de compte, la loi aurait manqué son but qui consiste en ce qu'elle procure *un minimum de terre* c'est-à-dire qu'elle empêche par la prohibition d'aliéner la transformation des immeubles en biens mobiliers et fongibles. On arrive au même résultat, si l'on admet l'idée d'incapacité, puisque dans ce cas, la protection dépendra de la bonne volonté du protégé, étant donné le caractère relatif de la nullité de l'acte passé au mépris de la prohibition légale qui frappe la capacité civile.

95. Reste donc à voir maintenant la nature de la nullité de l'acte passé malgré la prohibition restrictive, et qui peut se prévaloir de cette nullité ? Les deux théories de la propriété en présence donnent des réponses différentes. La nullité serait relative ou absolue suivant l'admission de l'idée d'incapacité ou d'obligation, ou l'admission de l'idée d'indisponibilité réelle. Qui peut intenter l'action ? Ce sera le créancier de l'obligation, d'après la première théorie, à lui seul appartient de veiller à son exécution. Ce sera, suivant la seconde hypothèse, toute personne ayant qualité pour représenter l'affectation, pour en poursuivre la réalisation et pour la faire respecter. Or, la conception de la propriété d'affectation suppose la nullité absolue des actes faits au mépris des prohibitions restrictives, ou, par une interprétation plus extensive, des actes faits contre le but dont la propriété est affectée ; et la qualité de représentant de l'affectation pour pouvoir exercer l'action en nullité. Voyons comment se traduisent pratiquement ces principes dans notre jurisprudence.

96. En ce qui concerne les restrictions volontaires, la jurisprudence admet la nullité dont le caractère absolu est un peu modéré. En matière de substitution, tous les intéressés sont admis à intenter l'action en nullité. Quant à la vente à réméré, seul le vendeur ou son ayant-cause à titre particulier (1) est admis à demander la restitution à l'exclusion de ses héritiers, étant donné le caractère viager du droit de rachat. Cette nullité est fondée sur le principe du § 29 C. cic. aux termes duquel « nul ne peut céder plus de droits qu'il n'en a lui-même ». *Nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*,

(1) M. Périth est d'avis que le droit de rachat est cessible. Ce droit est cessible tant qu'il n'est pas éteint. Bien entendu la durée de ce droit est en tout cas attaché à la vie du vendeur.

et sur le principe du § 293 C. civ. qui dispose que celui qui transmet la propriété des biens doit en être lui-même le maître ; sinon cette transmission ne produit aucun effet juridique. Dans cette matière, toutes les dispositions prohibitives ne sont pas sanctionnées par une nullité absolue ou de plein droit. Le but de l'affectation créée par la volonté particulière est moins d'ordre social, et pour cette raison, la jurisprudence et le législateur se résignent à l'idée de l'efficacité de réalisation de cette affectation. Nous en avons un exemple frappant dans la matière de la vente à réméré comme dans la matière de la substitution dans laquelle l'aliénation est valable si elle est consentie par l'appelé.

97. Il n'en est point de même en matière de restrictions légales. Ici la nullité de plein droit ou nullité absolue représente le droit commun. Elle est le mode de sanction auquel la loi recourt ordinairement pour assurer le respect des dispositions qu'elle veut imposer à l'observation des parties en vue de réaliser le plus efficacement le but dont la propriété est affectée. La nullité est l'œuvre de la loi et de la jurisprudence qui frappent l'acte juridique d'inefficacité. Elle le paralyse au moment même de sa naissance. Cet acte ne peut produire aucun effet juridique, et il est considéré comme un acte inexistant. Il n'est pas besoin d'en faire prononcer par le juge la nullité, car elle existe de plein droit. Celui qui a intérêt à faire constater par les tribunaux la nullité de l'acte juridique, agit tout simplement comme si cet acte n'avait pas été fait ; il invoque les droits qu'il prétend avoir. Ainsi celui qui a exécuté un contrat entaché de nullité radicale n'a pas besoin d'en demander l'annulation, il n'a qu'à réclamer les choses qu'il a livrées, soit par l'action en revendication (1), quand il s'agit d'un corps certain, soit par

(1) V. *infra*, p. 159

l'action en répétition de l'indu, quand il s'agit d'une somme d'argent.

Quant à la question de savoir qui peut intenter l'action, on peut dire qu'en cette matière le principe d'après lequel le droit d'intenter l'action appartient à tous ceux qui représentent l'affectation de la propriété, est appliqué dans toute son ampleur. Si la personne ayant intérêt à invoquer la nullité n'agit pas, le pouvoir juridictionnel et exécutif se substitue à lui en agissant à sa place et dans son intérêt. Ce pouvoir ne surveille pas seulement que les biens inaliénables soient restitués à leur propriétaire et qu'ils ne soient pas saisis par les créanciers ; ce pouvoir surveille encore autant que possible que les actes en violation des prohibitions de restrictions ne se fassent pas (1). Dans ce but le législateur a prescrit plusieurs mesures préventives que nous examinerons un peu plus loin.

§ IV. — Le principe de la propriété par rapport à la règle : *Exceptiones sunt strictissime interpretationes* — et à la notion de droit commun.

98. Dans le droit positif où la propriété est organisée sur la base des principes individualistes, toutes les restrictions, soit légales, soit volontaires, représentent une exception non seulement au principe absolu du droit de disposition, mais encore elles sont applicables par dérogation au droit commun. En conséquence l'interprète chargé d'appliquer la loi doit respecter le principe *exceptiones sunt strictissime interpretationes* et appliquer le droit commun de la propriété, dans tous les cas où la loi n'a pas exclu expressément son application. Or, en matière de restrictions aux actes de disposition, l'interprétation restric-

(1) V. *supra*, p. 87.

tive est le principe général dans le système individualiste. Il n'en est pas de même s'il s'agit d'un droit positif où la propriété est conçue positivement. Là, les restrictions ne constituent pas une dérogation au droit commun, c'est au contraire l'exclusion des restrictions qui est en contradiction avec lui, et c'est l'interprétation la plus large qui y est admise. On y voit l'emportement des forces sociales sur les déductions rigoureuses des principes abstraits. La conception de la propriété-fonction suppose l'interprétation la plus large ; autrement la mise en œuvre de l'affectation de la propriété aurait été en quelque sorte paralysée. Le rôle du juge est donc, non de faire des déductions des principes, mais d'en faire les inductions conformément au but dont la propriété est affectée.

La règle *exceptiones sunt strictissime interpretationis* est la suite logique et la conséquence inévitable du système individualiste. L'idée d'immobilité et d'absolutisme du droit suppose un appareil d'interprétation comportant des garanties contre les atteintes éventuelles apportées à ce droit. Les principes absolus, éternels et immuables sont, pour ainsi dire, encuirassés par cette règle. Et même si l'on est obligé, par des considérations d'intérêt supérieur, d'y porter quelques atteintes, celles-ci ne sont admises qu'après l'accomplissement des conditions précises et nombreuses. « La faveur due au mariage dans le droit français a semblé mériter une dérogation à la règle générale de la libre circulation des immeubles ; mais de combien de restrictions le législateur n'a-t-il pas entouré cette faculté de conférer au patrimoine dotal la garantie de l'inaliénabilité ? C'est notamment l'art. 1.392 qui prescrit formellement que la soumission au régime dotal ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une disposition expresse et explicite. Dès qu'il y a un doute sur le contenu de la clause, la règle de l'interprétation restrictive trouve de suite à s'appliquer. Toute incertitude sur l'intention des parties s'en-

tend comme une volonté contraire au régime dotal et on devra décider que les futurs époux n'ont pas voulu adopter le régime » (1). Il en est de même du bien de famille. Combien de formalités faut-il remplir pour se prévaloir du bénéfice de ce régime exceptionnel de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité ? Ces institutions apportent donc au droit commun une dérogation grave, et par suite, il convient de n'en permettre l'application que dans les cas expressément prévus par les textes. Ainsi le veut la grande règle d'interprétation admise dans toutes les législations imbues de principes individualistes.

99. — Dans le droit serbe, le droit commun est précisément l'inverse de ce que l'on croit qu'il est dans le droit français. Les restrictions du Homestead serbe (okoutchyé) entrent dans l'ordre public et font partie du droit commun. Les tribunaux serbes voient qu'il n'est pas possible de persister dans une interprétation étroite d'une loi dont le but est si éminemment favorable, puisqu'elle procure la conservation de la petite propriété rurale et de la famille paysanne, et cette loi a pour elle la faveur très prononcée du public, des électeurs, cette idée dominait l'assemblée constituante de 1921 qui a proclamé dans sa constitution de Vidov Dan le principe de la protection de la petite exploitation comme principe fondamental de l'organisation sociale et économique. Ce principe a prévalu depuis longtemps dans notre législation et notre jurisprudence. Cette idée de l'interprétation la plus large en matière de Homestead serbe se rapproche du système de l'application de la loi de Homestead américain (2). Les paroles par lesquelles Bureau a carac-

(1) Ch. des LYONS, *La propriété immobilière incessible et insaisissable au point de vue économique*, thèse Caen, p. 17.

(2) V. BUREAU, *Homestead*, p. 74 à 77.

térisé l'attitude du juge américain en application du principe de la législation du homestead pourraient nous servir à caractériser l'attitude du juge serbe en application de la loi d'okoutchyé : le juge serbe, à la différence du juge français, ne se croit pas obligé de ne viser dans son arrêt que des considérations empruntées à la science du droit ; n'ayant point à enfermer l'expression de sa pensée dans un moule invariable, il fait volontiers, lorsqu'il rend son jugement sur l'affaire qui lui est soumise, une sorte d'exposé didactique, dans lequel il énumère les diverses raisons d'ordre moral, économique, social, juridique, qui militent en faveur de tel ou tel plaideur (1). Il en est de même quand il s'agit des restrictions impliquées dans le § 529 C. Civ. (2).

100. — Mais lorsque les tribunaux serbes appliquent les restrictions résultant du droit de préemption légale, ils invoquent le principe de l'interprétation restrictive et le principe absolu du droit de disposition. Ce principe n'est pas invoqué dans tous les cas. Il faut distinguer deux hypothèses : *l'une englobe tous les cas où il s'agit de déterminer les actes passibles de retrait ; l'autre englobe tous les cas où il s'agit de déterminer les personnes admises au retrait.* Dans la première hypothèse la jurisprudence applique constamment le principe de l'interprétation restrictive et le droit commun de la propriété individuelle. L'application de ces principes a rendu impossible tout l'élargissement du cercle des actes passibles du retrait. La jurisprudence s'est fixée sur le contrat de vente comme le seul acte passible du retrait. Dans la deuxième hypothèse, il y a eu des revirements sur la question suivante : faut-il admettre les héri-

(1) V. *infra*.

(2) V. Introduction.

tiers de fait (1), c'est-à-dire les héritiers appelés à la succession ouverte, au retrait aussi bien que les héritiers présomptifs ? La Cour d'appel persistait dans l'interprétation restrictive. Elle n'admettait au retrait que les héritiers qui auraient succédé au vendeur au moment de la conclusion du contrat, et dont le droit aurait dû tomber en déchéance s'ils ne l'avaient pas réclamé du vivant du vendeur. La cour de cassation invoquait à l'appui de son interprétation la plus large le fondement de l'institution du droit de préemption légale et l'organisation particulière de notre propriété foncière née des nécessités économiques et sociales (2). C'est sur ces considérations que la Cour suprême, contrairement à la jurisprudence de la cour d'appel a fondé sa décision relative à l'admission des héritiers de fait au retrait, c'est-à-dire que les bénéficiaires seraient admis à exercer leur droit de préemption légale même après la mort du vendeur. Mais peu de temps après, la deuxième chambre de la Cour de cassation s'est écartée de l'idée d'interprétation extensive dont s'étaient inspirées toutes les chambres réunies, et s'est ralliée à l'opinion de la cour d'appel d'après laquelle il faudrait limiter autant que possible l'application du droit de retrait. Cette tendance manifestée à plusieurs reprises soit par les jurisprudences, soit par les autres intéressés à cette question a prévalu ensuite et c'est ainsi que l'idée individualiste est demeurée dominante dans cette matière.

(1) C'est le terme dont se sert la Cour.

(2) V. l'arrêt du 16 décembre 1925, toutes chambres réunies, P. J. 1925, p. 299.

DEUXIEME PARTIE

LES RESTRICTIONS LEGALES

CHAPITRE I

L'OKOUTCHYE OU L'INDISPONIBILITE DE LA PETITE PROPRIETE RURALE

101. — L'okoutchyé comprend des biens que la jurisprudence divise en deux groupes : les biens qui constituent la *Naglavitza*, cinq *morgens* (jours) de terre arable ; et les biens qui constituent l'*Okoutchnitza* — la maison d'habitation et un *morgen* (jour) de terre à l'entour.

Il est indispensable de préciser le sens de ces deux termes : *Naglavitza* désigne la surface de terre assurée à un contribuable, à « une tête » assujettie à des impôts. Le mot « *Naglavitza* » est composé de *glava* que le terme français tête traduit imparfaitement. et de *na* qui signifie *sur*. *Naglavitza* comprend cinq *morgens* de terre arable. sur une tête. C'est une expression qui indique une personne en sa qualité de contribuable. Le mot n'évoque point une idée de collectivité, il ne vise qu'une

tête, qu'un individu au point de vue fiscal. La signification étymologique de ce mot ne correspond point au mot américain *Homestead* qu'on définit : « La résidence de la famille, possédée, occupée, consacrée, limitée, exempte de saisie et atteinte dans son aliénabilité conformément aux prescriptions des statuts » (1). La signification exacte du mot *Naglavitza* a une importance spéciale, quand il s'agit de déterminer l'étendue de l'*okoutchyé* de la *zadrouga*, une forme particulière de la communauté familiale.

Le mot *okoutchnitza* correspond au point de vue étymologique au terme américain *Homestead*. C'est la traduction exacte de ce mot. L'*Okoutchnitza* est composée de deux mots : un adverbe *oko*, qui signifie *autour* ou à l'entour ; et un nom *koutcha* qui signifie la maison ou le foyer. L'expression *okoutchnitza* évoque donc deux idées : une idée d'un lieu dans lequel se réunissent les divers membres d'une famille, la *maison d'habitation* ; une autre idée d'étendue de la propriété qui se trouve à l'entour de cette maison et qui lui est contigüe.

102. — *Naglavitza* et *oüoutchnitza* réunis expriment parfaitement l'idée de l'*okoutchyé*. Par l'*okoutchyé*, on entend donc ce qui sert à l'habitation familiale, ce qui assure à l'homme son chez soi, et une étendue superficielle de terre qui assure l'existence du petit propriétaire foncier et de sa famille. Nous examinerons successivement : 1° le but de l'*okoutchyé* ; 2° l'histoire de la législation ; 3° les conditions légales ; 4° les effets juridiques.

Section I. — But de l'*okoutchyé*.

On ne peut pas aborder l'étude du droit de l'*okoutchyé* au

(1) BUREAU, *Homestead*, p. 12.

point de vue juridique, avant d'avoir examiné l'ambiance où cette institution singulière s'est formée. Le législateur lui avait confié une mission, et elle avait à poursuivre quelques buts qu'il faut connaître au moins pour des raisons d'interprétation qui auraient une grande signification dans l'application de la loi d'okoutchyé.

Le droit d'okoutchyé comporte des restrictions rigoureuses au droit de disposition et la question se pose dès le début de ce travail de savoir quelles en étaient les raisons ? La société devait y être très intéressée du moment qu'elle avait imposé à l'action individuelle de si nombreuses et si graves limitations. A l'époque où parut la première loi d'okoutchyé toute l'organisation économique et sociale était encore rudimentaire et reposait sur l'agriculture et les communautés familiales. Quant aux dépenses publiques, elles étaient presque toutes couvertes par des impôts sur la terre. L'agriculture et les communautés familiales, ce sont donc ces données réelles susceptibles d'attirer notre attention et constituant l'ambiance de l'okoutchyé. Il n'est pas douteux que le législateur ne visait pas un seul but, mais plusieurs ; et la question se pose de la prédominance de l'un sur l'autre. Nous examinerons dans les paragraphes successifs en quoi la législation de l'okoutchyé intéressait la société et l'économie ; le but principal s'en dégagera de lui-même avec tous les autres intérêts qui étaient mis en jeu dans cette matière.

§ I. — *En quoi la législation de l'okoutchyé intéresse l'ordre social et politique.*

103, 104. — Le droit de l'okoutchyé est de nature à arrêter le paysan à un degré de l'échelle sociale. C'est l'appauvrissement qu'elle doit empêcher. N'accordant sa protection qu'aux paysans, la loi d'okoutchyé ne voulait pas supprimer en général

la classe des prolétaires ; elle voulait seulement en supprimer les causes se produisant à la campagne. L'agriculteur devait avoir le goût de continuer la profession de son père et de s'attacher à l'endroit où il était né. On ne pouvait retenir les agriculteurs au sol qu'en leur donnant la propriété ; et, une fois la propriété possédée, il faut la leur protéger contre toutes les éventualités. Le législateur serbe n'avait pas à faire de bouleversements brusques, puisque l'état de choses existant se caractérisait par une grande prédominance de petites exploitations rurales ; il n'avait donc qu'à les conserver, les favoriser et les protéger. A la perspective du procès rapide de la prolétarianisation des paysans, le législateur n'hésita pas beaucoup pour y mettre fin par les mesures les plus efficaces. Les argumentations contraires quelque convaincantes et fortes qu'elles fussent et quelle que fût l'autorité dont jouissait celui qui les développait, n'avaient pas réussi à persuader la majorité de la Skoupchtina de l'utilité de ses propositions. Il fallait tout faire pour empêcher l'exode des paysans vers les villes venant grossir la classe des ouvriers ; même ne pas hésiter à attaquer les principes fondamentaux de la propriété quiritaire. Pavlé Grbovitch dit au sein de la Skoupchtina que « cette proposition est contraire à la constitution où il est dit que chacun est le maître de ses biens et maintenant on va par cette proposition atteindre ce principe absolu ». Le promoteur de la loi réplique en ces termes : « je combats les arguments de ces députés qui disaient qu'on allait atteindre le principe de la libre disposition des biens et constituer une espèce de tutelle sur le peuple et que c'était contre les intérêts des commerçants. La liberté ne doit pas être illimitée comme le prétendent quelques députés. Les peuples qui possèdent les plus grandes libertés y ont apporté de nombreuses limitations dans l'intérêt général, et pourquoi n'existeraient-elles pas aussi chez nous ? Cela d'autant plus qu'on a déjà mis hors de

circulation deux « jours » de terre, qu'on a défendu à l'agriculteur de s'obliger par la lettre de change, et aux parents, en cas de décès, de priver leurs enfants de la moitié de leur patrimoine, et qu'on a admis tant d'autres restrictions dans l'intérêt général. Je considère que ce projet, au point de vue économique, aura aussi de grands avantages pour les commerçants, puisque les capitaux dispersés dans le peuple, sans avoir contribué à l'amélioration de la production agricole, reviendront aux villes où ils pourront servir à développer le commerce et l'industrie qui manquent de capitaux. D'ailleurs, c'est une vérité bien connue que plus les agriculteurs sont riches, plus le trafic est intense. Enfin, si le commerçant en prêtant l'argent a l'intention de faire vendre au paysan tout son patrimoine nous devons nous demander s'il faut protéger les commerçants qui ne sont que les commissionnaires des fabricants de Vienne et de Budapest, ou les agriculteurs qui fournissent la nourriture à tout le pays » (1). La protection de la petite propriété rurale devrait dominer. En outre, la prospérité des paysans est le seul gage de la victoire dans les guerres futures pour la délivrance des Slaves du Sud.

« Il ne faut pas créer le prolétaria quand il nous faut délivrer nos frères du joug étranger », s'écria un député à la tribune de la Skoupchtina. En somme, la thèse des partisans de l'institution de l'okoutchyé se résume en ceci : mettre le domaine rural à l'abri de l'expropriation des usuriers c'est-à-dire de l'instabilité ; assurer les éléments qui composent la société et qui jouent un rôle primordial dans l'économie nationale et, par cela, mettre les familles paysannes hors de portée de l'agitation des éléments de destruction et de dissolution ; sinon les usuriers détruiront des milliers de foyers par les saisies immobilières qui, en enlevant aux familles paysannes leur habitation et leur gagne-

(1) *Protocole de la Skoupchtina* 1871, p. 442-451 et 518.

pain, et en dispersant leurs membres, constituent pour la société et l'Etat serbe un danger et une cause d'affaiblissement ; quant à l'objection que l'okoutchyé supprime toutes les sources de crédit agricole très nécessaire pour la rationalisation et le développement de l'agriculture, ce défaut du système est compensé par l'introduction des établissements publics de prêt chargés de créditer exclusivement les paysans ; et, ensuite, de nombreux emprunts agricoles sont conclus, moins pour les besoins de production que pour recouvrer les dépenses faites à l'occasion des fêtes et des festins familiaux.

105, 106. — La société est intéressée aussi à tout ce qui concerne la conservation de la famille. Nous verrons plus loin comment la jurisprudence a étendu l'application de la loi d'okoutchyé sur les communautés familiales dites *Zadrugas* et *inokosna koutcha*. Elle ne prononçait pas un seul arrêt sans y insister sur la protection familiale qui doit dominer dans la loi d'okoutchyé. L'arrêt du 31 août 1891 proclama que la loi avait pour but de protéger non seulement l'agriculteur mais aussi toute sa famille, ne distinguant même pas le sexe de ses membres ; un autre arrêt proclame qu'il n'y a pas lieu à l'application de la loi d'okoutchyé si le foyer est éteint et s'il n'y est pas resté une seule personne majeure ou mineure. C'est ce but qui servira de fondement aux solutions prises en matière de calcul de l'okoutchyé et d'annulation des actes d'aliénation. Le législateur voulait protéger la famille non seulement contre les actes de disposition à titre gratuit, mais aussi contre les actes à titre onéreux. C'est ainsi qu'on prévenait la transformation des immeubles en valeurs pécuniaires plus susceptibles de divertissement, de recel et de folles dépenses. La famille peut être sûre qu'elle possédera après le décès de son chef au moins cinq morgens de terre arable et une maison d'habitation avec un morgen

de terre à l'entour. Le droit de réserve assure aux enfants une part du patrimoine déjà existant et resté intangible au moment du décès de son titulaire ; mais le droit d'okoutchyé leur assure l'existence et l'intangibilité de ce patrimoine au moment du décès. L'exercice du droit de réserve suppose une masse de biens ; le droit d'okoutchyé donne des moyens aux successibles de faire rentrer dans la masse les biens aliénés, non seulement par la voie des actes à titre gratuit, mais aussi par la voie des actes à titre onéreux, conclus soit par imprudence, soit par esprit de dissipation ; et même il leur donne des moyens de se mettre en garde contre le risque d'insolvabilité. Le législateur, veillant à outrance aux intérêts des paysans, a muni l'agriculteur et sa famille, d'une armature contre toutes les attaques éventuelles des citoyens parmi lesquels peuvent se trouver les commissionnaires des fabricants de Vienne et de Budapest, comme disait un député. L'agriculteur et sa famille étaient, en ce temps-là, deux notions corrélatives ; on ne pouvait pas imaginer la protection de l'un sans la protection de l'autre.

107. La loi d'okoutchyé a atteint le but qu'elle s'est proposé. Grâce à elle la petite propriété est conservée et on dit avec raison que le paysan serbe est un petit bourgeois. La statistique de 1897 nous montre les chiffres suivants :

I Très petite propriété (1-5) hect.)	54,65	52,77
II Petite propriété (5-20 hect.)	41,45—	43,18
III Moyenne propriété (20-50 hect.)	3,62	3,77
IV Grande propriété (50-100 hect.)	0,25	0,25
V Très grande propriété (plus de 100 h.)	0,03	00,3

108, 109. Ielenko Petrovitch, dans son excellente étude économique et sociale sur l'okouchyé, dit « que, si l'okoutchyé n'avait pas existé, la répartition des propriétés aurait été tout-à-

fait différente : au lieu de 83 personnes qui avaient plus de 100 hectares, la statistique de 1897 en aurait noté au moins un millier » (1). Est-ce que ce sont des avantages ou des inconvénients du système d'okoutchyé, cela dépend du point de vue et de la façon de voir. Nous touchons ici à la question de l'utilité du régime de la petite exploitation agricole. Il y a une diversité des exploitations : petites, moyennes ou grandes. Laquelle de ces diverses exploitations donne le meilleur résultat ? C'est une question qui n'entre pas dans le cadre de notre sujet et que nous mentionnons seulement ici. Tous les économistes sont d'accord sur le point que chacun de ces régimes d'exploitation agricole a ses inconvénients spéciaux (2), mais tous s'accordent

(1) ILENKO PETROVITCH : *L'exode des paysans aux villes et à la classe des ouvriers*, p. 34.

(2) Vis-à-vis de la collectivité, le mode de culture le plus intéressant est celui qui livre, à surface égale, la plus grande quantité de produits à la consommation. Or, à ce point de vue, la petite culture est très supérieure à la grande culture. En outre, elle seule livre sur les marchés tous les produits secondaires indispensables à l'alimentation d'un grand pays : les légumes, le beurre, le lait, le fromage, les œufs, la volaille, etc. Non seulement, la petite culture produit plus à l'hectare, mais tout en consommant plus pour ses propres besoins, elle livre plus de denrées au marché que la grande culture. Il ressort des nombreuses recherches scientifiques faites en Allemagne, avant la guerre sur les grandes et sur les petites exploitations, que ces dernières donnent aujourd'hui de meilleurs résultats que les autres. Enfin, ainsi que l'a fait observer M. Jean Durand, ce sont précisément les pays de petite culture qui donnent le plus de production, tels que la Belgique, la Hollande, le Danemark notamment où les 2/3 des exploitations ne dépassent pas une superficie de 10 hectares ». (P. GAZIOT : *Une solution du problème agraire, la terre à la famille paysanne*. *Op. cit.*, p. 60 et suiv.) « Au point de vue social d'abord, la grande propriété crée une classe de privilégiés dont la fortune souvent acquise sans travail peut croître chaque jour davantage comme d'elle-même, et au-dessous une classe de sacrifiés, de prolétaires vivant au jour le jour, et résignés à ne jamais devenir propriétaires de la terre qu'ils ont fécondée. Un autre inconvénient de la grande propriété réside dans ce fait que le grand propriétaire n'exploite pas généralement par lui-même. Au point de vue économique le fermage et le métayage sont très inférieurs au faire-valoir direct comme mode d'exploitation. Les économistes s'accordent à reconnaître que la grande propriété a, dans certaines conditions du sol, une utilité réelle au point de vue de la production, parce que disposant de grands capitaux, elle peut substituer la grande culture à la petite, appliquer la culture progressive, employer un outillage perfectionné, pratiquer la division du

aussi pour dire que le régime de la petite propriété est seul susceptible de perfectionnement, et en cela consiste sa prééminence sur le régime de la grande propriété. A part ces discussions théoriques, il est incontestable que le régime de l'okoutchyé a donné les meilleurs résultats. Le législateur a réussi à aboutir aux buts principaux qu'il s'était proposé. Un des partisans de l'okoutchyé disait au sein de la Skoupchtina : « Si nous n'avions pas eu de patrimoine et si le prince nous avait appelé à nous battre contre l'ennemi, ceux qui ne possèdent rien auraient dit : « Je ne veux pas me battre puisque je n'ai rien à perdre » (1). Si le paysan serbe, dans les guerres consécutives depuis 1912 jusqu'à 1918, a montré une bravoure, une persévérance et une ténacité inouïes, c'était pour défendre sa terre aussi bien que sa patrie. En cela consistait l'avantage et la mission nationale de l'okoutchyé, et cela attribuait à nos guerres un caractère social et révolutionnaire : *le régime féodal et de la*

travail, et obtenir de plus beaux produits à moindres frais. Ces avantages sont inhérents, non à la grande propriété, mais à la grande culture. Ce sont là deux questions toutes différentes ; il se peut qu'un agriculteur organise une exploitation importante en affermant à plusieurs propriétaires fonciers des terres de peu d'étendue de même qu'inversement, le propriétaire d'un domaine considérable peut le diviser en parcelles restreintes, afin de trouver plus facilement à louer. D'autre part, si la petite propriété est naturellement et forcément routinière faute de capitaux, il n'y a rien d'impossible à ce qu'elle emploie les procédés de la grande culture. Il suffirait pour cela qu'elle eût recours à l'association ; plusieurs petits propriétaires peuvent s'entendre pour acheter en commun les machines qui leur sont utiles. La petite propriété possède encore un avantage de l'avis de certains économistes ; elle bénéficie, en cas de crise, d'une *immunité relative*. La petite propriété tend à ralentir l'exode rural. En France la campagne serait encore plus désertée qu'elle ne l'est ; si l'instinct de propriétaire n'avait retenu bien des paysans. Quant à ceux qui ont abandonné le milieu rural en une heure d'illusions juvéniles, il est poignant comme une vision de misère, il est fatal et presque inévitable, le retour à la terre natale, au foyer qui, invinciblement les attire, de ces vaincus de la vie, repentis lamentables qui viennent demander dans les bureaux de préfecture l'humble viatique nécessaire à leur rapatriement ». (BOURDON : *Comment développer et maintenir la petite propriété rurale*, thèse, Paris 1914. *Op. cit.*, p. 9, 15, 16).

(1) *Le Protocole de la Skoupchtina de 1873*, p. 496.

grande propriété était remplacé par le régime de l'okoutchyé et de la petite exploitation, partout où la législation serbe relative à l'organisation de la propriété foncière rurale venait à se mettre en vigueur dans les provinces yougoslaves réunies à la Serbie après la guerre balkanique de 1912 et à la Yougoslavie lors de la Grande Guerre.

§ II. — *En quoi la loi d'okoutchyé intéresse l'organisation du crédit agricole et la coopération agricole.*

110. En Yougoslavie, la question de l'okoutchyé est la plus actuelle et la plus épineuse. En reconnaissant à cette institution tous les avantages qu'elle avait dans le passé, qu'elle a aujourd'hui, et qu'elle aura dans l'avenir, on ne peut pas la laisser jouir de sa popularité bien compréhensible et bien méritée, sans lui infliger une critique en vue de corriger ses défauts et de l'accommoder aux nouvelles exigences de la vie sociale, économique et politique. Cette institution a soulevé plusieurs objections.

D'abord, au point de vue social, la loi d'okoutchyé devient de plus en plus impuissante devant les autres forces qui provoquent la prolétarianisation des paysans : les effets de l'okoutchyé sont paralysés par la loi générale de la différenciation sociale et économique. Les partages très fréquents entraînent le morcellement de la terre en de très petites parcelles insuffisantes à nourrir l'agriculteur et sa famille, ce qui, d'autre part, a pour conséquence un mouvement migratoire des campagnes vers les villes. Les uns se mettent à émigrer, les autres vont vers les villes où ils s'installent définitivement devenant des artisans ou des ouvriers salariés, ou provisoirement pour gagner, dans la saison des divers travaux, et puis, avec les épargnes accumulées, retourner à leurs villages où ils ont laissé leur famille et leur

foyer. Cette espèce de migrants est connue sous le nom de *petschalbaris* parmi lesquels il y a les meilleurs maçons (1). Nous verrons plus loin comme il est difficile de leur attribuer une profession spéciale.

111. Une objection capitale, c'est celle qui est relative à la répercussion du droit d'okoutchyé sur le crédit et la coopération agricoles. Cette loi, dit-on, diminue le crédit individuel de l'agriculteur et gêne le développement des mouvements coopératifs. Ce sont des raisons qui rendent nécessaire la suppression de l'institution de l'okoutchyé. Il n'est pas de notre compétence de discuter toutes les questions d'ordre économique que soulève l'institution de l'okoutchyé. Nous les passons outre, nous limitant strictement au domaine juridique. Nous ne voulons que les envisager ici pour démontrer toute la complexité des questions que soulève l'institution dont nous abordons l'analyse juridique (2).

(1) V. BOGUICHITCH : *Zbornik sadasnjih pravnih obicaja u juznih slovena*, p. 85. Matériaux en réponse à des questions de droit tirées de différents pays slaves du sud.

(2) - 112. - Ce qu'il y a à reprocher d'abord aux adversaires de l'okoutchyé (parmi lesquels il faut distinguer ceux qui le sont par leur propre intérêt et ceux qui le sont par principe), c'est qu'ils ont envisagé la question d'un côté seulement et méconnu tout-à-fait les principes fondamentaux sur lesquels reposent notre système juridique et notre organisation économique et sociale. La question de la suppression de l'okoutchyé doit être discutée plus largement. Cette question est d'abord rattachée à celle de savoir s'il convient de respecter encore les principes traditionnels sur lesquels repose depuis presque cent ans notre organisation économique et sociale. L'organisation de la propriété rurale, comme nous l'avons vu, se fonde sur le principe de la propriété-fonction sociale. Elle a pour but de protéger le petit propriétaire rural qui est un des plus grands facteurs dans un Etat agricole comme c'est le cas de la Yougoslavie. On risquerait de produire de grands bouleversements sociaux et économiques, si l'on supprimait d'un coup une institution séculaire et fondamentale. Dans un pays où l'usure est encore développée, il est dangereux de livrer les paysans aux mains des usuriers. Il faut les garder à l'abri de la loi d'okoutchyé, cette loi engendrée par des circonstances particulières qui subsistent encore, et consacrée à plusieurs reprises comme loi fondamentale de notre organisation sociale. Il est évident que les avantages que cette loi a pour la collectivité sont

Section II. — *Historique de la législation de l'okoutchyé*

Lorsqu'on cherche à retracer l'historique complet de la législation de l'okoutchyé il n'est pas sans intérêt de remarquer que les dispositions de cette loi se faisaient jour périodiquement. Toutes les dispositions complétaient la loi, qui, à l'origine, était imparfaite, tendant par cette voie de modification à renforcer de plus en plus la protection de la petite propriété. La première loi de 1836 devait subir de multiples modifications. La période des modifications dure jusqu'en 1898 ; puis, vient la période de son extension sur les provinces délivrées. Or, nous distinguons trois périodes dans l'historique de la législation de l'okoutchyé.

§ I. — *Période de la naissance. — La loi organique de 1836.*

113. Cette période s'ouvre par la promulgation de l'oukaz

énormes, étant donnés tous les résultats positifs obtenus jusqu'à présent. Quant à l'avenir, il convient de respecter ce principe pour empêcher la formation des grandes propriétés et la prolétarianisation des paysans et de la sorte, mettre une barrière à l'exode prématuré des paysans vers les villes.

Il est exagéré de dire que l'institution d'okoutchyé représente un des plus grands obstacles au développement de la coopération agricole. La coopération et l'okoutchyé ne s'excluent pas au fond ; au contraire ils se complètent en vue de protéger les petits propriétaires ruraux. C'est de cette conception que s'est inspiré notre législateur. Il dit expressément dans la loi sur les coopératives que la loi d'okoutchyé n'est pas abrogée même à l'égard des créances des coopérateurs. Dans la conception législative, ces deux lois doivent exister l'une à côté de l'autre. Cela veut dire que d'après leur fondement elles ne s'excluent pas. Une coopérative pour répondre à son véritable but doit se baser sur la confiance mutuelle de ses membres et sur leur qualité personnelle. En fin de compte, le crédit est toujours personnel dans les coopératives agricoles. Ensuite si la loi d'okoutchyé représente un obstacle, c'est seulement à l'égard des coopératives de crédit. Il est inexact de dire que cette loi paralyse le mouvement entier de la coopération. Nous verrons que sous le coup de cette loi, ne tombent que les créances provenant du contrat de prêt. Les coopératives autres que celles de crédit sont hors de son effet. La solution la plus raisonnable serait de soustraire aux effets de la loi d'okoutchyé toutes les sociétés coopératives agricoles.

de 1836 du prince Miloche, et se clôt par la promulgation de la loi de procédure civile. L'endettement croissant des paysans entraînait des saisies immobilières très fréquentes de la part des usuriers et l'appauvrissement des agriculteurs. Ce phénomène très naturel dans une époque de transition de la production primitive à la production moderne inquiétait le prince Miloche, très soucieux de renforcer et de protéger la petite exploitation de la terre, y voyant le seul moyen d'assurer la prospérité de son peuple, l'indépendance et l'agrandissement de son Etat vassal. En 1836, il fit promulguer un oukaz, interdisant la saisie d'un *minimum de terre*. Cet oukaz est ainsi conçu : « Pour prévenir la misère et la ruine de nombreuses familles qui proviennent de l'endettement exagéré et du nantissement de tous leurs biens qu'on vend faute de remboursement, de sorte que les femmes et les enfants restent sans rien, nous ordonnons qu'il soit défendu désormais de saisir la maison d'habitation dans les villes, et la maison, la bachtina, deux bœufs et une vache dans les campagnes ». Il convient d'ajouter maintenant que Miloche n'a pas soustrait les citadins à la protection de la loi ; il les traite moins favorablement, puisque il leur protège autant de biens qu'aux agriculteurs. Il fait donc une distinction mais il n'a pas complètement oublié les citadins, comme le feront les lois postérieures. C'est une caractéristique à remarquer, mais il y en a encore une autre : *c'est que cet oukaz a un effet rétroactif, sauf en ce qui concerne quelques créances qui en sont exemptées*. Le prince Miloche s'en expliqua lui-même à la requête du Soviet. Il s'agissait des emprunts faits aux caisses des Eglises et aux caisses d'épargne des orphelins. Miloche en donna l'interprétation suivante :

1°) L'argent emprunté aux caisses des Eglises ou des orphelins, antérieurement ou postérieurement à la promulgation de mon oukaz, ne doit nullement être perdu.

2°) En prêtant cet argent, on avait dû probablement rendre compte du patrimoine de celui qui l'empruntait, et enfin

3°) Si le gage ne suffit pas il faut se procurer une caution ; sinon toute la responsabilité pour le payement de la dette incombe à celui qui a fait le versement de l'argent des Eglises ou des pupilles.

Quant aux autres débiteurs qui auraient emprunté avant la promulgation de cet oukaz, le minimum protégé de leurs biens est insaisissable.

Miloche savait bien que son oukaz aurait cet inconvénient de priver le paysan de crédit ou du moins de lui en rendre l'ouverture difficile. C'est pour cela qu'il établit, d'un autre côté, un assez grand nombre de caisses publiques chargées de créditer exclusivement l'agriculture. A l'égard de ces caisses publiques (La Direction des fonds publics, les caisses d'épargne départementales), l'insaisissabilité ne produit pas ses effets. Ces dispositions impliquent deux idées directrices de la future organisation de l'okoutchyé et du crédit agricole.

§ II. — *Période de restauration et de modification de la loi d'okoutchyé (1865-1898)*

114. Nous avons vu ci-dessus que la loi organique se fondait sur ces trois principes : 1°) l'insaisissabilité sans distinction de la date antérieure ou postérieure de la créance ; 2°) la soustraction des créances des Etablissements publics de prêt aux effets de l'insaisissabilité ; et, 3°) la protection des campagnards aussi bien que des citadins. Les lois postérieures, s'écartant du premier et du troisième principe, montraient une tendance à renforcer la protection qui domine dans la loi d'okoutchyé et d'en faire bénéficier exclusivement les campagnards. Ce renforcement consistait à rendre le fonds d'okout-

chyé *inaliénable*, *plus étendu* et susceptible d'une espèce de *subrogation réelle*.

Ce n'est que presque trente ans après qu'on revint à la question de l'okoutchyé. Pendant tout ce temps l'oukaz de Miloche était la seule loi en cette matière. En 1865 le législateur, en promulguant la loi de procédure civile reprit cet oukaz et en inséra les dispositions dans la section 4 du § 471, en le modifiant en ce qui concerne *la catégorie* des personnes bénéficiaires de laquelle sont exclus désormais tous ceux qui ne s'occupent pas habituellement d'agriculture. et en ce qui concerne la précision du minimum des biens protégés dont le montant atteint deux « jours » de terre arable.

La loi d'okoutchyé n'était pas encore parfaite et définitive ; elle eut à subir de nouveaux remaniements. A plusieurs reprises, à partir de 1871 jusqu'en 1874 la question de compléter ses dispositions fut discutée au sein de la Skoupchtina. Les deux opinions s'y faisaient jour : l'une était pour le renforcement de la protection de la petite propriété rurale ; l'autre était hostile à n'importe quelle limitation de la libre disposition des biens. Il y avait donc des partisans et des adversaires de l'institution de l'okoutchyé. L'opinion des premiers a prévalu. Les partisans de l'okoutchyé avaient affirmé leur volonté bien arrêtée de défendre et de préserver la petite propriété rurale. Le ministre se rangea à l'opinion de la majorité en soulignant tous les inconvénients de la loi pour le crédit agricole. La loi ainsi complétée était mise en vigueur le 1^{er} janvier 1874. Les dispositions supplémentaires étaient insérées dans la section 4 du § 471 du Code de procédure civile au chapitre intitulé : « *De l'exécution des jugements dans les procès civils* ».

Qu'y avait-il donc de nouveau dans cette nouvelle loi d'okoutchyé ? Elle a étendu l'okoutchyé à *cinq morgens* de terre arable ; elle a rendu ces cinq morgens *inaliénables* ; elle a sous-

trait aux effets de l'insaisissabilité les créances antérieures au 1^{er} janvier 1874 et celles dont les titulaires sont les caisses publiques ou qui proviennent de condamnations du droit criminel. L'habitation familiale et un « jour » de terre à l'entour est restée intangible et invariable depuis la loi organique. Par cette loi le législateur avait affirmé la nécessité de la coexistence de l'insaisissabilité et de l'inaliénabilité du fonds d'okoutchyé. On disait que l'inaliénabilité était établie en premier lieu pour rendre la famille paysanne permanente et stable. La jurisprudence pousse cette suprématie du but familial jusqu'à nier presque le droit de bénéfice de l'insaisissabilité au paysan qui n'aurait laissé personne après son décès ou qui aurait aliéné en faveur de ses enfants.

Enfin cette période se clôt par les remaniements et les compléments de la loi de 1898. Cette loi a introduit le principe de la subrogation réelle de caractère facultatif : en cas de licitation des biens ruraux, les créanciers tombant sous le coup d'insaisissabilité, ne peuvent pas se faire payer sur le reste du prix d'adjudication si le saisi en a fait l'emploi.

Au cours de cette période, le ministre de la justice rédigea des circulaires qui constituent en quelque sorte, le droit positif élaboré sur la question ; ces circulaires adressées aux préfets et aux tribunaux leur dictaient la conduite à suivre lorsque des demandes de saisie ou d'approbation des actes translatifs de propriété leur étaient adressées. Ces circulaires déterminaient à quelles conditions les pouvoirs exécutif et judiciaire devaient appliquer la loi d'okoutchyé. L'application de ces circulaires était sensiblement plus bienveillante aux agriculteurs qu'à leurs créanciers. Elles tendaient à substituer le magistrat aux particuliers lorsque ceux-ci sont indifférents ou de mauvaise foi dans la réalisation du but dont la propriété d'okoutchyé est affectée.

§ III. — *Période d'extension de la loi d'okoutchyé.*

115. Après la guerre balkanique et la guerre mondiale, s'ouvre, pour l'institution de l'okoutchyé, la période de son extension sur les provinces délivrées. Dans les provinces de la vieille Serbie recouvrées lors de la guerre balkanique de 1912, la loi d'okoutchyé est mise en vigueur par un *oukaz* du 30 juin 1919 auquel fut ajoutée la loi du 27 février 1921 (1). Un député de la Serbie a fait une proposition dans la Skoupchtina dans le sens de l'extension de la loi d'okoutchyé sur le territoire intégral de la Yougoslavie. Cette proposition s'était heurtée à une opposition énergique des députés de la Croatie, de la Slovénie et de la Bosnie. On a fini par insérer une disposition dans la loi du budget de 1923 d'après laquelle le Conseil des ministres était autorisé à faire l'extension de la loi d'okoutchyé. Jusqu'à présent aucune mesure n'est prescrite dans le sens de cette extension.

SECTION III. — *Les conditions légales de l'okoutchyé*

Il est facile de dégager des textes précités les conditions substantielles auxquelles est subordonnée l'application du droit d'okoutchyé. Ces conditions sont au nombre de quatre : 1°) *il faut avoir un droit réel sur le fonds d'okoutchyé* ; 2°) *il faut que ce droit soit de nature immobilière* ; 3°) *le fonds d'okoutchyé doit comprendre au maximum 5 morgens de terre arable, une maison d'habitation avec un morgen de terre à l'entour* ; 4°) *le titulaire du droit doit être une personne qui fait de la culture son occupation principale.*

(1) V. *Journal Officiel*. N° 142, 1922.

§ I. — *Il faut avoir un droit réel sur le fonds d'okoutchyé.*

116. La loi d'okoutchyé visait la protection du petit propriétaire rural. Il va de soi que c'est le droit de propriété qu'il faut avoir sur la chose. Cette loi n'est pas de nature à conférer quelque droit ; elle n'a qu'à stabiliser et conserver un droit déjà existant. Quant aux droits réels démembrés du droit de propriété, ils ne sont pas tous susceptibles de constituer l'élément essentiel de la notion de l'okoutchyé. Le texte formel en est muet, et la solution en doit être conformée au but et au fondement de l'institution. La cour de cassation a statué sur la question de la nature du droit réel que la femme-veuve doit avoir sur le fond d'okoutchyé. Elle s'est prononcée à plusieurs reprises pour l'admission du droit d'usufruit. L'espèce consistait en ceci : le veuve du sieur Dimitrie Markovitch a vendu à J. Kokanovitch deux parcelles de sa terre au prix de 10.950 dinars. Devant le tribunal de Chabatz les parties conviennent une transaction ; mais, en sollicitant l'approbation de ce pacte qui devrait servir de titre de transcription de la propriété, le tribunal la leur refusa. Ce refus était justifié par l'insuffisance du fonds d'okoutchyé appartenant à la veuve. La Cour de cassation infirma cette décision pour la raison que le tribunal avait tort de n'avoir pas examiné si la quantité des biens sujets à l'usufruit de la veuve atteignait le montant d'un fonds d'okoutchyé, l'okoutchyé de son fils mis à part. Dès lors, si la femme avait prouvé qu'à côté des biens constituant l'okoutchyé de son fils le reste d'hérédité soumis à son droit d'usufruit atteignait complètement le montant de son okoutchyé à elle, le tribunal n'aurait pas dû refuser de donner son homologation, et la veuve aurait pu disposer librement de ses propres. Le tribu-

nal de Chabatz se ralliait à l'opinion de la Cour (1). Dans le même sens l'arrêt du 14 octobre 1927, N° 8809 (2). « Les immeubles sur lesquels la veuve a l'usufruit peuvent compléter son *Naglavitza* dans les cas où elle aliénerait ses propres. »

117. Il résulte de là que la jurisprudence a créé une *okoutchyé spéciale* pour la femme veuve. Lorsque son usufruit comprend la totalité du fond d'okoutchyé, elle peut disposer librement de ses propres. C'est une dérogation au droit commun. Ni la loi, ni la jurisprudence n'ont admis le droit d'usufruit comme l'élément constitutif de l'okoutchyé. C'est tout à fait en harmonie avec la conception de la propriété et le but de l'institution dont il s'agit. Le droit d'usufruit étant personnel et viager, ne sert pas de gage pour l'avenir de la famille. Dans l'hypothèse où le chef de famille aliène tous ses immeubles sauf ceux sujets à son droit d'usufruit et susceptibles de constituer le *maximum* protégé, après sa mort il ne restera rien à ses enfants, et ce serait méconnaître brutalement le but principal de l'okoutchyé.

118. Il faut envisager les mêmes considérations quand il s'agit des droits réels autres que ceux dont nous venons de parler. Ce sont le droit d'habitation, le droit d'usage, l'hypothèque, le gage. Quant à la nue-propriété, la question se pose de savoir si elle n'est pas admissible ? Les dispositions légales et les décisions jurisprudentielles ne se sont pas prononcées. Mais de l'arrêt que nous avons déjà cité, on peut dégager par l'*argumentum a contrario* la solution suivante : la nue-propriété ne rentre pas en ligne de compte. Cet arrêt est conçu de façon à nous démontrer que la veuve, pour qu'elle puisse aliéner ses propres,

(1) Arrêt du 11 octobre 1922, N° 7389. *Pratique judiciaire*. S. KOVATSCHEVITCH 1925, p. 490.

(2) *Pratique judiciaire*. S. KOVATSCHEVITCH 1927, p. 610.

doit prouver que son usufruit comprend la totalité du fonds d'okoutchyé à côté de celui de son fils. Cela veut dire que la nue-propriété du fils ne cumule pas avec droit d'okoutchyé. D'ailleurs la loi ne tendait pas seulement à protéger le droit en lui-même, mais aussi bien tous les avantages matériels qui en dérivent pour le titulaire et pour la famille. Retranchez du contenu du fonds d'okoutchyé l'usufruit et vous n'aurez plus qu'un squelette de l'okoutchyé ; vous enlèverez tous les instruments de production au petit propriétaire à qui ne restera que l'espoir qu'un jour il possèdera une parcelle de terre à exploitation. C'est une fortune qui lui sourit, mais jusqu'à sa réalisation il faut vivre et produire. Il importe donc que le fonds d'okoutchyé ne soit grevé ni d'usufruit, ni des droits d'usage et d'habitation, modalités essentiellement contraires à la résidence et à l'exploitation effectives.

119. En résumé, les droits réels admis dans la catégorie des éléments essentiels de l'okoutchyé sont *le droit de propriété, l'usufruit de la veuve*. La possession peut être admise en tant qu'elle est opposable à la personne contre qui se fait l'exercice du droit de l'okoutchyén, et qu'elle conduit à la prescription acquisitive.

§ II. — *Il faut que le droit réel soit de nature immobilière.*

120. Sur ce point la loi est très claire et explicite. Il est hors de doute qu'elle ne visait que les biens immobiliers dont elle a la conservation pour but social. Il y a aussi des meubles mis à l'abri par la loi d'okoutchyé, mais à l'égard de celle-ci ils deviennent des immeubles par destination. Car, au fond, qu'est-ce qui rend un meuble immobilier ? Pour quelle raison une machine de fabrique est-elle considérée comme un immeuble ?

« On donne ce nom à des objets mobiliers que la loi considère comme immeubles parce qu'ils ont été attachés à un fonds par le propriétaire de ce fonds pour son service, son exploitation, son utilité ou son ornement ; ils en deviennent alors les accessoires et empruntent à ce titre, sa nature juridique. L'immobilisation par destination présente cependant un grand intérêt. Les terres, les usines, les bâtiments perdraient beaucoup de leur utilité, s'ils n'étaient garnis de certains meubles appropriés à leur destination. Il faut des bestiaux et des instruments aratoires pour cultiver la terre, des appareils et des machines pour le fonctionnement d'une usine, des objets divers dans une maison pour sa commodité ou son agrément. L'union de ces accessoires avec l'immeuble a un tel caractère d'intimité que toute séparation imprévue serait contraire aux intérêts du propriétaire, contraire aussi à l'intérêt général et aux besoins impérieux de l'agriculture et de l'industrie » (1). Dès lors, une charrue, un chariot, deux bœufs ou une paire de chevaux et divers instruments agricoles, la nourriture pour la famille et pour le bétail jusqu'à la prochaine récolte sont exempts de la saisie à cause de leur union avec *ces cinq morgens de terre arable* à la culture desquels ils sont destinés à servir comme les instruments aratoires et les éléments nécessaires pour le maintien de la main-d'œuvre.

121. *La subrogation réelle* est-elle possible à défaut de dispositions qui la permettent ? La Cour de cassation a statué sur cette question. Elle s'est prononcée négativement. Dans cette espèce il s'agissait d'une vente de fonds d'okoutchyé à l'enchère pour le compte de la caisse publique. On avait contesté au créancier privé, le droit de se faire payer sur le reste d'ar-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE : *Traité de droit civil*, T. 6, p. 53 et suiv.

gent. Le tribunal de Kragouyevatz prononça le jugement en faveur du débiteur, c'est-à-dire débouta le créancier de sa demande. Cette décision fut infirmée par la Cour de cassation qui renvoya l'affaire devant le tribunal avec les objections suivantes : que la loi d'okoutchyé n'emporte pas la prohibition de disposer des valeurs pécuniaires ; que son but était de protéger le paysan exclusivement contre le risque qu'il courait à se priver de terre et cette protection ne s'étendait pas non plus sur la somme d'argent remplaçant cette terre, à plus forte raison si c'est par sa faute qu'il en est dépourvu — d'où il suit que le jugement attaqué a méconnu le droit du créancier et a violé les principes et les textes de loi visés au pourvoi. Le tribunal de Kragouyevatz persistait en appuyant son jugement sur cet argument principal : si le § 471 C. de Proc. civ. a exempté l'*okoutchyé* de la saisie des créanciers, il a frappé d'insaisissabilité par la même raison les sommes d'argent venues à sa place par l'effet du jugement d'adjudication. La séance plénière de la Cour de cassation tenue le 1^{er} avril 1899 réaffirma le bien fondé de ses objections (1).

122. La jurisprudence n'admet donc pas la subrogation du prix. La subrogation réelle consistant à transférer à un bien déterminé une qualité et une fonction ne peut être admise, selon l'opinion de la Cour, que lorsqu'elle s'appuie sur une déposition expresse qui l'autorise ; sinon on aurait abouti à considérer les biens mobiliers comme de nature à constituer l'*okoutchyé* ce qui serait en contradiction avec le but de l'*okoutchyé*. Mais est-ce que ce serait en contradiction avec le but de l'*okoutchyé* ? La Cour de cassation répond affirmativement, puisque la protec-

(1) *Recueil des décisions de la Cour de Cassation*. GOYKO NIKETITCH, T. II, N° 561.

tion s'étend à un *minimum* de terre mais non à des valeurs mobilières, surtout si la transformation s'est produite par la faute du propriétaire lui-même, comme si le législateur n'était pas intervenu justement pour protéger le propriétaire rural contre ses actes d'imprudence. Cette argumentation de la Cour est insoutenable.

123, 124. L'interprétation restrictive de la Cour de cassation est de nature à limiter autant que possible l'application de la loi d'okoutchyé et à détourner le fonds insaisissable et inaliénable de son affectation principale. Une interprétation plus extensive rendrait ce fonds plus fongible par l'introduction de la subrogation réelle. En 1898, le législateur intervint, en admettant la subrogation sous la condition que l'agriculteur, poursuivi pour le paiement de ses dettes envers les établissements publics de prêt, apporte à des autorités la preuve qu'il a acheté avec le reste du prix d'adjudication un immeuble destiné à remplacer le fonds vendu. Or, la loi a introduit la procédure d'emploi. En cas de transformation du fonds d'okoutchyé en valeurs pécuniaires, le législateur confère le droit au petit propriétaire de faire emploi de l'argent reçu en remplacement pour que celui-ci puisse se mettre à l'abri des poursuites de ses créanciers privés. Cet emploi n'est pas *obligatoire* mais *facultatif*. C'est un défaut de la loi complémentaire. N'étant pas tenu de faire l'emploi du prix c'est du débiteur-paysan que dépend l'attribution de l'insaisissabilité au fonds vendu à l'enchère. Il n'y a que deux issues : ou laisser à la merci de l'individu la protection du fonds transformé en des choses mobilières ou la soumettre à la règle de la *subrogation réelle de plein droit*. Il faut admettre la seconde solution, puisque la protection est d'ordre public, c'est-à-dire soustraite aux dispositions de la volonté individuelle ; et il s'agit ici de la subrogation à titre universel qui

est admissible indépendamment de ce que la loi en est muette. La seule destination spéciale des choses justifie cette solution.

« On appelle ainsi la subrogation qui se produit entre les éléments d'une *masse particulière* de biens ayant une destination, une affectation spéciale, et considérée à ce titre comme une universalité. Quand une chose faisant partie d'une telle universalité est aliénée la valeur acquise en remplacement entre dans la masse qu'il s'agit de reconstituer. Or, cette subrogation à titre universel, à la différence de la subrogation à titre particulier s'opère *de plein droit* (1). Cette notion est en harmonie parfaite avec l'idée d'indisponibilité réelle du fonds d'okoutchyé et la conception de la propriété-fonction dont toutes les décisions jurisprudentielles sont imprégnées.

§ III. — *Le fonds d'okoutchyé doit comprendre un maximum de cinq « jours » (2) (morgens) de terre arable et une maison d'habitation avec un morgen de terre à l'entour.*

Les biens en sus de ce maximum sont à la libre disposition du propriétaire pourvu qu'il n'en soit pas limité par d'autres dispositions légales. On a donc adopté pour base la superficie des immeubles, abstraction faite de leur valeur. Le législateur français a admis une limitation en valeur, à la différence du nôtre, qui a admis une limitation en superficie, dont le maximum est de 6 morgens et une maison d'habitation. Notre loi assure la terre à la famille paysanne et l'abri nécessaire à son existence. En Amérique il y a une double limite en étendue et en valeur suivant les différentes législations des Etats.

(1) A. COLIN et H. CAPITANT : *Cours de droit civil*, éd. 1925, p. 438, t. III.

(2) Un jour de terre arable comprend 100 ares ou un hectare qui font 10.000 mètres carrés.

Une question de grande importance pratique se pose : c'est celle de savoir comment calculer le fonds d'okoutchyé, c'est-à-dire à l'égard de quelles personnes se fait ce calcul ? Si l'on est, par exemple, en présence d'une zadrouga ou d'une famille avec des enfants des deux sexes, il s'agit de savoir si tous les membres ou quelques-uns seulement peuvent invoquer le droit d'okoutchyé ?

Une seconde question non moins importante est la suivante : à quel moment faut-il se placer pour savoir s'il y a atteinte au droit d'okoutchyé ? Est-ce le moment de la conclusion, de l'exécution du contrat ou de la transmission de la propriété, ou celui de la citation en justice.

La troisième question est relative au mode de preuve de la consistance de l'okoutchyé.

ARTICLE I. — *Calcul de l'okoutchyé*

125. La jurisprudence a introduit le principe de dualité dans le calcul de l'okoutchyé. S'il s'agit de *Naglavitza*, le calcul se fait d'après le nombre de personnes majeures assujetties aux impôts ; quant à l'*okoutchnitza* elle se calcule d'après le nombre de foyers.

A. — *Naglavitza*. — 126. La Cour de cassation était très embarrassée quand il s'agissait de former la masse calculable à l'égard de la zadrouga ; le législateur n'ayant pas prévu un okoutchyé spécial de celle-ci. La Cour hésitait d'autant plus que le Code civil a attribué textuellement à la zadrouga la personnalité morale, et elle se demandait s'il fallait faire le calcul à l'égard de la personnalité des « *zadrougars* » ou de celle de la « zadrouga » ? C'est alors que la jurisprudence fit usage du mot « *Naglavitza* » pour désigner qu'une part de l'okoutchyé se calcule, à la différence de l'okoutchnitza, sur la « tête »

soumise à des impôts, c'est-à-dire suivant le nombre de zadrougars ou aux termes de la loi « sur chaque assujetti à l'impôt, libéré ou non libéré du paiement de l'impôt si sa profession principale est l'agriculture ». Voilà un exemple : une zadrouga est composée de dix membres, zadrougars, tous assujettis à l'impôt et tous majeurs ; le montant du naglavitza sera donc de 50 morgens de terre arable, dont la zadrouga en qualité de personne juridique ne saurait disposer.

127, 128. Les seules considérations qu'il faut donc avoir en vue sont la qualité du contribuable et la majorité des zadrougars. On ne rend pas compte de leur quote-part dans la communauté des biens. Dans l'hypothèse où l'un des zadrougars n'a point ou a une quote-part, et si le montant de cette quote-part est bien au-dessous de cinq morgens, on arrive à ce paradoxe juridique qu'on accorde la totalité de l'okoutchyé à celui qui n'en a pas le droit de propriété sans lequel l'okoutchyé n'existe pas, comme nous l'avons vu dans le paragraphe premier. Cette dérogation au droit d'okoutchyé ne peut se justifier au point de vue juridique que si l'on admet que c'est la zadrouga elle-même qui est, dans l'hypothèse sus-indiquée, le titulaire du droit d'okoutchyé et par conséquent le propriétaire du fonds, et que les zadrougars ne sont que les moyens techniques de calcul. Ceci serait un argument en faveur de la thèse d'après laquelle la zadrouga jouit de la personnalité juridique. Cette fiction de personnalité en matière de calcul du fonds inaliénable de la zadrouga confère une protection plus efficace aux paysans qui exploitent leurs fonds fonciers en zadrouga. Supposons, par exemple, trois agriculteurs travaillant dans la zadrouga, et trois autres hors de la zadrouga *inokosno*, et puis, supposons que chacun possède des parts inégales : *Primus* 2 morgens, *Secundus* 4 m. ; *Tertius* 8 m. Ce fonds immobilier

exploité en zadrouga ne saurait être ni aliéné ni saisi, tandis que hors de la zadrouga il pourrait être diminué de 3 morgens dont Tertius aurait eu le droit de disposer. Quant au principe de la libre circulation des biens, il serait moins atteint si les immeubles étaient exploités hors de la communauté de la zadrouga, c'est-à-dire que dans ce cas les immeubles hors de la circulation seraient moins nombreux. Voilà l'application du droit d'okoutchyé à la zadrouga. De cette application nous trouvons un exemple dans un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1926, N° 3.624 (1). Voici quelle était l'hypothèse : un agriculteur ayant trois fils a vendu un immeuble. Le tribunal a refusé d'approuver l'acte de transmission de la propriété pour la raison qu'il ne restait plus au vendeur que 8 morgens (« jours ») de terre ce qui est insuffisant pour une zadrouga composée de trois fils majeurs, c'est-à-dire de trois personnes assujetties à l'impôt. Il aurait pu vendre s'il avait prouvé qu'il lui restait encore au moins 15 morgens de terre arable. La Cour de cassation a infirmé la décision pour deux raisons : 1°) le vendeur a prouvé que l'immeuble dont il s'agit est sa propriété exclusive ; et 2°) il a prouvé que la communauté de vie n'existait pas entre lui et ses fils dont l'un vit séparément exerçant le métier d'artisan, et que les deux autres se trouvent en Roumanie depuis vingt ans. La Cour suprême insistait sur ces deux arguments pour démontrer que deux éléments constitutifs de la zadrouga — la *communauté de biens* et la *communauté de vie* — sont absents dans ce cas, et que, dès lors, il n'y a pas lieu à l'application de la règle de calcul relative à la zadrouga.

129. Il en est de même s'il s'agit de la communauté familiale dite *inokosna koutcha*. Le but du législateur était de pro-

(1) *Pratique judiciaire*. S. KOVATSCHEVITCH 1926, p. 665.

téger le paysan avec sa famille, bien que celle-ci fût de la forme de la zadrouga ou de celle d'inokosna koutcha. D'ailleurs, ce dualisme n'était pas comme dans le droit coutumier : l'inokosna koutcha était assimilé à la zadrouga (1). La solution de la jurisprudence s'appuie donc sur la raison tirée du but de l'okoutchyé aussi bien que sur celle du droit coutumier. Nous trouvons un exemple de l'application de ce principe fondamental dans un arrêt de la Deuxième Chambre du 2 Novembre 1927, N° 9.337 (2). L'arrêt est ainsi conçu : d'après la section 4 du § 471 du C. de proc. civ. l'agriculteur est limité dans sa faculté de disposer de ses immeubles de façon à ne pouvoir ni mettre en gage, ni aliéner 5 jours de terre arable et un jour d'okoutchnitza pour chaque « tête » assujettie à l'impôt, libérée ou non libérée du paiement de l'impôt, pourvu qu'elle appartienne à sa famille ; si le foyer de l'agriculteur n'a qu'une seule personne assujettie à l'impôt, la loi protégera son foyer comme si elle avait protégé un assujetti à l'impôt ; étant donné que la défenderesse, selon son aveu, s'est remariée et s'est installée dans la maison de son second mari, ne quittant le foyer de son premier mari, dans lequel il n'est resté personne ni de sexe masculin, ni féminin, la Cour considère que le foyer de son premier mari est éteint et que, dès lors, il n'y a pas lieu à l'application du § 471 que la défenderesse invoque pour débouter l'acheteur de sa demande relative à l'exécution du contrat de vente.

130. En un mot, qu'il s'agisse de zadrouga ou d'inokosna koutcha, le naglavitza se calcule d'après le nombre des contribuables qui participent à la vie commune de ces deux communautés familiales.

(1) BOGUICHITCH : *De la forme dite « inokosna » de la famille rurale chez les Serbes et les Croates.*

(2) *Pratique judiciaire* 1927, p. 661, S. KOVATSHEVITCH.

B. — *Okoutchnitza*. — 131. Le calcul de l'okoutchnitza ne se fait pas par « tête » comme c'est le cas pour la naglavitza : il se fait d'après le nombre de foyers. Une zadrouga peut avoir plusieurs foyers, plusieurs maisons d'habitation. Il y a une maison principale, celle où habite le chef de la zadrouga (*starechina*) et, à côté d'elle, toutes ces petites maisons, bâties ou non bâties, où les zadrougars vivent séparément, mais dans la communauté et sur la même place. Par le mot *maison* on entend tout ce qui est nécessaire à un *domatchine* (homme marié) pour qu'il puisse s'occuper d'agriculture, à savoir : le garde-manger, le grenier, le hangar, les étables.

ARTICLE II. — *Le moment déterminant dans le calcul de l'okoutchyé.*

A. — *Cas où il y a eu un contrat d'aliénation.*

132. Nous avons vu comment le calcul se fait d'après le nombre et la qualité des bénéficiaires. La question qui se pose maintenant, est celle de savoir quel est le moment déterminant où il faut se placer pour calculer l'étendue superficielle de la terre composant le fonds d'okoutchyé ? Il va sans dire que cette question est très importante au point de vue pratique. L'absence des dispositions légales la rendait plus délicate, et c'était à la pratique judiciaire à en donner la solution. La jurisprudence comme toujours quand il s'agit de droit d'okoutchyé s'inspirait de l'idée de la protection efficace c'est-à-dire qu'elle appuyait sa solution sur une interprétation extensive. Sur cette question, la jurisprudence de la Cour de cassation a subi plusieurs revirements. Dans l'arrêt du 29 Novembre 1910,

N^o 12.788 (1) la jurisprudence distingue suivant que le contrat de vente est exécuté ou non.

1^{er} cas : le contrat de vente est exécuté. — C'est alors le moment de l'exécution qui est déterminant malgré qu'il y ait eu la transcription de titre translatif de propriété, c'est-à-dire la transcription du *tapia* ou la demande en justice de cette transcription (2).

2^e cas : Il en est autrement si le contrat de vente n'est pas exécuté. Alors le moment déterminant est celui de la citation en justice.

Voici l'espèce tranchée par cet arrêt. Le défendeur avait vendu une parcelle de sa terre le 24 décembre 1890 ; il avait touché le prix et délivré la chose à l'acheteur en s'obligeant à faire transcrire le *tapis* à celui-ci dans un délai de deux mois. En 1910 l'acheteur intenta l'action en délivrance du *tapia* contre le vendeur. Le tribunal de Kragouyevatz, prononça le jugement contre le vendeur, malgré son exception de droit d'okoutchyé. La Cour de Cassation renvoya l'affaire devant le Tribunal en lui objectant qu'il n'avait pas examiné si le défendeur avait au moment de la citation

(1) GOIKO NIKETITCH : *Décisions des chambres réunies de la Cour de Cassation*, N^o 978.

(2) Le système serbe de transmission de la propriété diffère du système français : à la différence de celui-ci la transmission ne se fait par le contrat ni *inter partes* ni à l'égard des tiers. La formalité requise est la suivante : la comparution du propriétaire devant le tribunal du lieu où l'immeuble vendu ou à d'autres titres aliéné est situé et sa déclaration sur la transmission de la propriété. C'est au moment de cette déclaration solennelle qu'il faut se placer pour déterminer quand la propriété est sensée transmise *inter partes* et contre tous. Cette transmission doit être approuvée par une décision du tribunal et constatée dans un écrit dit *tapia* délivré au propriétaire. Lorsque le *tradens* refuse de donner la déclaration solennelle et de faire délivrer le *tapia*, l'*accipiens* peut le poursuivre en justice et demander la délivrance du *tapia* ou le remplacer par le jugement prononcé dans ce litige.

en justice suffisamment de terre comprise dans l'okoutchyé à côté de celle vendue. Le tribunal ne se rallia pas à l'opinion de la Cour et persista dans sa thèse que le moment déterminant était celui où le contrat de vente était exécuté, et quant au défendeur il lui restait en ce moment-là suffisamment de terre à côté de celle vendue. Il n'en serait pas de même si le contrat n'était pas exécuté. Dans ce cas on pourrait assimiler le moment de la citation en justice à celui de l'exécution du contrat. Les chambres réunies adoptèrent les contre-arguments du tribunal.

Dans l'arrêt du 20 octobre 1925 N° 9124 (1), la Cour de cassation déclare qu'il faut se placer au moment de la déclaration solennelle de la transmission de la propriété pour déterminer si l'immeuble aliéné représente l'excédent du fonds d'okoutchyé. Voici l'espèce tranchée par cet arrêt : le 14-x-1922 N.A a demandé au tribunal de Krouchevatz la transcription de son tapia (2) au nom de son acheteur M. L. qui lui a payé le prix de 1.000 dinars. Le tribunal déboute le vendeur de sa demande par la décision du 5-v-1925 N° 43.191, presque trois ans après sa déclaration sur la transmission de la propriété. Bien entendu cette décision s'appuyait sur la raison de l'insuffisance de la terre. La cour de cassation infirma cette décision pour la raison que le tribunal devait estimer le montant de l'okoutchyé au jour où le vendeur vint devant le tribunal pour donner son consentement à la transmission de la propriété et dans l'espèce, c'était le 14-x-1922 où d'après le certificat de

(1) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1925, p. 486.

(2) C'est un écrit qui sert encore de preuve de la propriété et où se trouve la description de l'immeuble ; cet écrit est délivré par la mairie. Il faut distinguer trois moments dans la procédure de transmission de la propriété : la déclaration solennelle, l'approbation judiciaire de l'acte de transmission et la délivrance du tapia. Cet acte translatif doit être inscrit sur les livres fonciers à ce destinés. Ce procédé s'appelle « oubachtigné ».

la mairie, l'immeuble vendu n'était pas compris dans le fonds d'okoutchyé, et où le fils du vendeur n'était pas encore majeur pour qu'on pût calculer sur sa tête le montant de l'okoutchyé ; et que le tribunal avait tort de se placer au moment de l'approbation de l'acte de transmission pour constater l'atteinte au droit d'okoutchyé que son approbation aurait produit.

L'arrêt du 2 janvier 1926, N° 11.175/25 (1) a tranché l'espèce dans le même sens que l'arrêt précédent. Ce qu'il y a de différent dans cette espèce, c'est que l'acheteur avait cité en justice le vendeur pour la délivrance et la transcription du *tapia*. Le demandeur déclare au tribunal de Iagoudina que le défenseur lui avait vendu en 1897 une parcelle de terre au prix de 360 dinars, et que, jusqu'alors il n'avait rien fait pour transcrire à son nom et lui délivrer le *tapia* ; en outre, il produit au tribunal des preuves qu'à ce moment il restait au défenseur suffisamment de terre arable d'après la loi d'okoutchyé. Par la décision du 15 Octobre 1910, le tribunal condamna le défenseur, c'est-à-dire le vendeur à délivrer et à faire transcrire le *tapia* ; sinon le jugement remplacerait le *tapia*. Le tribunal déclare donc pour la thèse que la conclusion du contrat est le moment déterminant. Mais la cour de cassation ne s'est pas rangée à l'opinion du tribunal dont elle infirma la décision en déclarant que le tribunal devait *prendre le moment de la citation en justice comme déterminant*. Il n'est pas sans intérêt de dire que la Cour de cassation considère ce moment comme le moment de la réalisation définitive du contrat de vente.

Le quatrième arrêt qui nous intéresse est celui du 26

(1) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire*, 1925, p. 486.

juin 1926 N° 5625 (1). Dans cette espèce c'est le fils du vendeur qui cite en justice l'acheteur et demande la restitution des biens que celui-ci possède sans titre.

C'est une *action possessoire* que le fils intente contre l'acheteur. Le défenseur contestait le bien-fondé de la demande en indiquant qu'il possède les biens sur lesquels le demandeur prétend avoir un droit de propriété, à titre d'achat depuis l'année 1899 où il les avait achetés à la mère du demandeur. Le tribunal de Gradichta par le jugement du 22 Septembre 1923 N° 18.096, débouta le demandeur de sa demande en affirmant le droit plus fort du défendeur en vertu de son juste titre et de sa possession de bonne foi : §§ 223 et 225 du Code civil. La Cour d'appel confirma le jugement. La Cour de cassation l'infirmait pour la raison que le tribunal n'avait pas statué sur la question de l'okoutchyé, et examiné si la mère du demandeur avait des excédents de terre à vendre au moment de l'exécution du contrat de vente. Le tribunal se rallia à l'opinion de la Cour de Cassation et prononça un second jugement tout-à-fait contraire au premier. Les objections du défendeur concernant la bonne foi et le juste titre de sa possession étaient rejetées, étant donné le caractère public des dispositions sur l'okoutchyé et la nullité absolue du contrat de vente qui a pour objet les biens entrant dans les fonds d'okoutchyé. Cet arrêt a donc déclaré que *l'exécution du contrat était le moment déterminant*.

133. En résumé les arrêts sus-indiqués impliquent les quatre hypothèses suivantes :

1° *L'Hypothèse* : le contrat exécuté et le vendeur cité en justice pour la délivrance du *tapia* - solution : *l'exécution du contrat est le moment déterminant*.

(1) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1928, p. 666.

2° *Hypothèse* : la déclaration sur la transmission de la propriété et le tribunal refuse l'approbation de cet acte ; la Cour de cassation infirme cette décision et déclare *l'acte de déclaration comme étant le moment déterminant*.

3° *hypothèse* : le contrat exécuté et le vendeur a cité en justice pour la délivrance du *tapia* ; *solution* : *la citation en justice est le moment déterminant*.

4° *hypothèse* : le contrat exécuté et l'acheteur cité en justice pour la restitution des biens achetés. - *solution* : *l'exécution du contrat est le moment déterminant*.

Ce qui est à remarquer c'est que la première et la troisième hypothèses sont similaires, mais les solutions en sont différentes. La solution de date postérieure doit être décisive. Les solutions contenues dans la deuxième et quatrième hypothèses devraient être appliquées à tous les cas analogues. Il n'est pas moins intéressant de souligner que la Cour de cassation donnait toujours gain de cause à celui qui invoquait le bénéfice du droit d'okoutchyé. En outre, si l'on suit de près et plus attentivement les motifs et les raisons sur lesquels la jurisprudence appuyait toutes ses décisions en cette matière on pourrait constater qu'elle incline à fonder un principe unique général : *pour déterminer l'étendue superficielle de la terre protégée par la loi d'okoutchyé il faut se placer au moment le plus convenable pour les bénéficiaires de cette loi*. Cette solution est basée sur l'interprétation extensive et sur le fondement de l'institution de l'okoutchyé, ce qui est en harmonie parfaite avec les idées positivistes démontrées à plusieurs reprises par le législateur et la jurisprudence.

B. — *Cas où il y a eu endettement.*

134. Supposons maintenant qu'on a procédé à une sai-

sie-immobilière et que la poursuite est dirigée contre un agriculteur. La question qui se pose dans cette hypothèse est celle de savoir à quel moment l'autorité doit se placer pour déterminer si l'immeuble saisi en vue de l'exécution excède ou non le montant de l'okoutchyé. Il y a deux moments à distinguer : *le moment de l'endettement et le moment de la saisie*. Les circulaires ministérielles, la doctrine et la jurisprudence déclarent qu'il faut accorder ici comme pour les actes d'aliénation une préférence aux intérêts de l'agriculteur, c'est-à-dire qu'il faut *se placer au moment de la saisie*. « C'est ainsi qu'on attribuera aux dispositions du § 471 c. de proc. civ. un caractère de mesures protectrices, établies contre l'appauvrissement de l'agriculteur et c'est pour cela qu'il faut appliquer cette loi de façon qu'elle produise dans tous les cas ses effets, ce qui n'en serait pas de même si l'on déterminait le minimum suivant l'état de choses au moment de l'endettement, et alors cette mesure protectrice de caractère public viendrait à dépendre de la coïncidence des éventualités, et surtout de la bonne volonté du débiteur. Cela ne doit pas être admis s'il s'agit de garder intacts les principes fondamentaux ». Une circulaire du Ministre de la Justice du 4 Février 1874 était conçue en ces termes : le législateur n'a pas parlé de l'état d'endettement, puisqu'il a laissé aux créanciers le soin de s'avertir eux-mêmes sur l'état de solvabilité et de fortune de leur débiteur et sur la saisissabilité des biens de celui-ci ». Une décision des Chambres Réunies du 20 Avril 1909 N° 5445 déclare que l'appréciation doit porter sur l'état de choses au moment de l'exécution des jugements pour le payement des dettes privées. Lorsque le titulaire de la créance est une des caisses publiques l'appréciation doit porter sur l'état patrimonial de l'agriculteur au moment de l'endettement. Les Chambres réu-

nies se prononcèrent dans ce sens le 5 Août 1911 N° 9182 (1).

Il en est de même s'il s'agit de saisie conservée.

ART. 3. — *Le mode de preuve de la consistance de l'okoutchyé*

135. Le certificat délivré par le maire et vérifié par le sous-préfet sert de preuve de la consistance de l'okoutchyé. Ce sont donc le maire et le sous-préfet qui ont reçu de la loi mission de constater officiellement certains faits concernant le fonds d'okoutchyé.

L'intervention du sous-préfet est une garantie contre la délivrance des *certificats de complaisance*, c'est-à-dire contre les attestations que l'on délivre à quelqu'un pour affirmer dans son intérêt ce que l'on ignore ou ce que l'on sait être faux. C'est une des mesures de nature à réduire les moyens à éluder l'application de la loi d'okoutchyé.

Le certificat est donc de caractère public ou authentique. Les constatations mentionnées dans le certificat sont positives ou négatives : elles attestent que les biens soumis à la saisie ou à l'aliénation représentent l'excédent du montant de l'okoutchyé ou que les biens sont compris dans le fonds d'okoutchyé.

Dans tous les cas où l'on procède à la saisie ou à l'aliénation des immeubles d'un paysan, les autorités sont appelées *d'office* à demander la présentation ou la délivrance du certificat. Lorsque les parties viennent à se déclarer sur l'acte translatif de propriété, le tribunal ne doit pas donner son approba-

(1) GOIKO NIKETITCH : *Le Code de procédure civile avec les commentaires*, p. 440-443.

tion sans se procurer préalablement le certificat (1). La Cour de cassation en a le droit d'investigation. Les autorités sont exemptées de cette charge, lorsque l'agriculteur passe les contrats de prêt ou demande la constitution de l'hypothèque sur ses biens, à moins que ce ne soient les caisses publiques auxquelles il emprunte. Cette charge s'impose de nouveau aux autorités si le paiement de ces dettes vient à s'effectuer par voie d'exécution.

§ IV. — *Le titulaire du droit d'okoutchyé doit être une personne qui fait de la culture son occupation principale.*

Le droit d'okoutchyé est un bénéfice réservé exclusivement aux agriculteurs de profession. Il est donc d'une importance capitale d'établir qui est considéré comme agriculteur de profession, à quel moment une personne doit avoir cette qualité d'agriculteur, et quel en est le système de preuve. Nous verrons qu'il y a de nombreux privilèges et restrictions attachés à cette qualité. L'exercice de la profession agricole donnant ouverture au droit d'okoutchyé, il en est alors bien compréhensible pourquoi la loi oblige dans certains cas à rechercher si la partie en cause est un agriculteur et la soumet à un régime adéquat à sa qualité. Elle fait le départ entre les professions agricoles et les autres et tire de là des conséquences nombreuses et importantes. On comprend aussi bien pourquoi le législateur attribue par présomption la qualité d'agriculteur à tous ceux qui comparaissent devant le tribunal pour faire la déclaration translatrice de propriété. Cette présomption pèse sur eux jusqu'à la délivrance de preuve contraires.

(1) En ce sens l'arrêt du 6 juillet 1927, N° 7.612 S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire*, p. 606 1927.

ART. 1. — *Les conditions exigées pour être agriculteur.*

136. D'après la circulaire du ministre de la Justice du 4 Février 1874, il faut entendre par agriculteur non seulement celui qui vit dans le village, mais aussi celui qui vit dans la ville sous la condition que l'agriculture soit son occupation principale dont lui et sa famille s'entretiennent. Surtout il faut attribuer la qualité d'agriculteur à ceux qui, vivant dans la ville, y pratiquent quelque métier, mais celui-ci ne leur fournit pas assez de ressources pour qu'ils puissent en vivre avec leur famille ; tels sont les potiers, les cordiers, les tapissiers, les stoppeurs de divers métiers, les très insignifiants boutiquiers, coiffeurs, voituriers, etc.

Il suit de là que le domicile d'un agriculteur peut être dans la ville ; qu'il n'est donc pas nécessaire qu'il soit dans le village ; on admet même que l'agriculteur s'occupe d'une autre profession à côté de sa culture, mais que celle-ci reste la principale source de son revenu et de son activité. Cet exercice de deux occupations à la fois était admis pour étendre la protection de la loi d'okoutchyé à ceux qui étaient obligés d'aller dans les villes pour y gagner en vue de compléter des ressources qu'ils obtenaient de leur terre d'une superficie très limitée. Ce sont donc ces très petits propriétaires qui venaient s'installer dans les villes comme petits artisans, maçons, ou comme ouvriers d'une autre branche, mais qui ne coupaient pas d'eux tous les ponts avec leurs villages.

137. A l'époque où il n'y avait ni de grandes industries, ni de grandes villes, cette question de la double profession ne soulevait pas de controverses dans la doctrine et la jurisprudence. La question ne se posait même pas sur la possibilité d'exercer simultanément deux professions : c'était tout-à-fait naturel dans

une société vivant encore à l'état primitif. Mais aujourd'hui où la division du travail a commencé à s'effectuer très rapidement, la profession mixte est mise en suspect et ne jouit plus de la bienveillance ni du législateur ni de la jurisprudence. Je ne veux que citer un exemple de notre récente pratique judiciaire. Il se peut bien souvent chez nous qu'un paysan achète une auto et la mette en circulation étant lui même le chauffeur. Le tribunal de Niche statuait sur la question suivante : est-ce que cette espèce de chauffeur peut invoquer le bénéfice de l'*d'okoutchyé* ; et est-ce que cette espèce de taxi peut être assimilée à un instrument agricole insaisissable ? Le tribunal de Niche trancha l'espèce dans le sens positif ; mais la Cour de cassation dans son arrêt du 17 Novembre 1927 N° 11.953 déclara que ce chauffeur ne pouvait pas être considéré comme agriculteur, ni son taxi comme instrument agricole, et c'est ainsi qu'elle donna gain de cause au créancier qui poursuivait la saisie conservatoire sur ledit taxi.

138. Mais il y a un fait qu'il ne faut pas méconnaître : ce sont les *pétschalbaris* dont nous avons parlé dans la première section. La question qui se pose est celle de savoir s'il faut les assimiler aux agriculteurs. Il s'agit ici de ces *pétschalbaris* dont la migration ne déborde pas la frontière nationale. Eh ! bien ! peuvent-ils invoquer le droit d'*okoutchyé* ? Il faut se décider pour l'affirmative, puisque leurs familles, leurs foyers restent dans les villages, et ils n'en sont détachés que provisoirement et en vue de contribuer au bien-être de la famille agricole qui jouit de la protection aussi bien que l'agriculteur lui-même. Ces agriculteurs en voyage périodique devraient être admis dans la catégorie des bénéficiaires pour une raison plus forte quand il se peut qu'un jardinier-maraîcher, un potier, un boutiquier puissent invoquer le droit d'*okoutchyé*.

139. La question est plus délicate quand il s'agit des paysans employés dans les usines ou dans les ateliers. Il y en a qui sont définitivement détachés du village et installés dans la ville ; mais il y en a qui ont continué à être attachés quand même au village où ils reviennent de temps à autre pour travailler à la culture du sol. Selon M. Ielenko Pétrovitch, les uns comme les autres sont dépourvus de la qualité d'agriculteurs et par conséquent soustraits à la protection de la loi d'okoutchyé, puisque les uns comme les autres peuvent suffisamment vivre de leur travail dans la ville. Il s'ensuit d'après lui, que la pratique judiciaire qui attribue la qualité d'agriculteur aux paysans qui travaillent dans les villes comme les artisans, les ouvriers de l'atelier, ou les ouvriers de l'usine, n'est pas dans l'esprit de la loi. Le critérium de distinction que M. Pétrovitch propose devrait résider dans la quantité de revenu qu'une des deux occupations apporte au paysan. Dans le cas de l'exercice d'une double profession pour déterminer la qualité professionnelle de celui qui l'exerce, il faut chercher laquelle de ces deux professions est la principale, d'après la circulaire ministérielle ; et laquelle suffit aux besoins de celui qui l'exerce et de sa famille, d'après l'opinion de Pétrovitch. Dès lors à laquelle de ces professions exercées en même temps, attribue-t-on le caractère déterminant dans un cas concret, c'est au juge à décider en se rendant bien compte de ces deux critères proposés (1). La jurisprudence attribue la qualité d'agriculteur à tous les jardiniers-maraîchers (2) et à tous les petits artisans qui, à côté de la culture de la terre s'occupent encore de quelque métier.

(1) La décision sur la qualité professionnelle d'une personne est susceptible d'être examinée par la Cour Suprême. La question n'est donc pas de la compétence exclusive du juge du fond. *Arrêt du 8 mai 1925*, N° 2.940.

(2) Arrêt du 14 septembre 1926, N° 7.733. S. KOVATCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1928, p. 529.

140. En résumé, il y a deux catégories de personnes auxquelles on attribue la qualité d'agriculteur : 1°) *celles qui ne font que l'agriculture* ; 2°) *celles qui à côté de la culture s'occupent de quelque métier. Ces dernières ne sont considérées comme agriculteurs que si c'est l'agriculture qui leur fournit les substances nécessaires pour l'entretien de leur existence et celle de leur famille.*

ART. 2. — *A quel moment faut-il avoir la qualité d'agriculteur.*

141. Il faut admettre la même solution que celle du paragraphe précédent : au moment le plus convenable pour celui qui prétend bénéficier du droit d'okoutchyé. Dans ce sens l'arrêt du 26 Juin 1926 N° 5625. *Au moment de la citation en justice le demandeur était fonctionnaire de l'Etat et le défendeur niait le bien-fondé de sa prétention au bénéfice de l'inaliénabilité du bien vendu. Mais la Cour de cassation déclara que c'est au moment de la conclusion du contrat qu'il faut se placer pour attribuer à quelqu'un la qualité d'agriculteur. Dans le même sens l'arrêt des Chambres Réunies du 8 Mai 1925 N° 2940 ; (1). Si une poursuite de saisie est dirigée contre le paysan c'est le moment de l'exécution qu'il faut se placer pour déterminer la profession ; le moment de l'endettement est indifférent — arrêt du 6 Octobre 1907.*

ART. 3. — *Le mode de preuve.*

Il faut distinguer deux hypothèses :

142. 1° *hypothèse.* — *Une personne comparait devant le tribunal pour faire la déclaration translatrice de propriété ou*

(1) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1925, p. 491.

constituer une hypothèque pour le compte de la Banque Hypothécaire ? Dans ce cas la qualité d'agriculteur de cette personne est présumée. Cette dernière doit se procurer des pièces impliquant des constatations contraires. Ces pièces sont au nombre de deux : ou c'est le *certificat délivré par le maire, ou le certificat de publication d'une firme commerciale*. Celui qui est muni de cette dernière pièce est présumé commerçant et on ne procède pas à la vérification s'il exerce en effet la profession commerciale, c'est-à-dire s'il remplit d'autres conditions exigées pour être commerçant. C'est pourquoi il arrive qu'un paysan, pour se procurer un crédit quelconque, se fasse publier la firme commerciale ; mais pour écarter ces abus, on a fait introduire dans la pratique depuis quelque temps, que chacun à côté du certificat de publication de la firme commerciale se munisse d'un certificat délivré par le maire confirmant d'autres faits matériels par lesquels se manifeste une action commerciale. Dès que les autorités sont appelés d'office, comme nous l'avons vu, à faire l'investigation sur la profession des personnes en cause, elles le font d'autant plus qu'il s'agit de savoir si l'état de choses correspond au contenu d'une pièce de publication d'une firme commerciale.

143. 2° *hypothèse*. — Elle englobe tous les cas d'endettements. Dans tous ces cas c'est au créancier à se rendre compte de la profession de son débiteur et de sa solvabilité. Les autorités n'interviennent pas tant qu'elles ne sont pas saisies de quelque demande. La question la plus délicate qui se pose ici est celle relative à la *supposition de profession*. Le paysan n'est pas seulement frappé dans sa faculté de disposer d'une partie de ses biens, mais aussi dans la faculté de s'obliger par les actes à son choix : *il ne peut pas s'obliger par la lettre de change*. Et alors il a bien des raisons de dissimuler parfois sa véritable profession

qui emporte *une capitis diminutio* pour lui. Il se tire de là comme il peut. Dans l'hypothèse précédente nous avons vu qu'il dissimulait sa profession en se prétendant formellement commerçant ; ici il fait aussi cette dissimulation, mais le plus souvent sous la forme de supposition de profession. Il fait apposer sur la lettre de change, par exemple, une profession qu'il n'exerce pas en effet du tout : il usurpe donc une fausse profession.

Dans aucun cas cela ne peut échapper à être découvert. Si l'autorité judiciaire passe en outre, c'est à l'autorité exécutive à en soulever la discussion ; et enfin, ce sont les intéressés qui en soulèveront certainement la question. Si la dette n'est pas revêtue de la forme de la lettre de change la question sur la profession du saisi doit se poser fatalement au moment de l'exécution. Si l'on passe outre malgré tout, nous verrons plus loin quels moyens défensifs sont à la disposition des intéressés et dont la nature est d'en soulever quand même la discussion. S'agit-il d'une lettre de change en vertu de laquelle le créancier a fait la demande de saisie conservatoire, la discussion sur la question de la profession peut être provoquée même au cours du procès. La décision du tribunal approuvant la saisie conservatoire peut être attaquée sinon pour d'autres raisons du moins pour la raison qu'elle s'appuie sur une lettre de change qui n'est pas valable à cause de la qualité d'agriculteur de son acceptant. Bien entendu si cette qualité est usurpée sous la forme de supposition, le défendeur devrait fournir des preuves sur le contraire, c'est-à-dire faire délivrer par le maire un certificat.

Section IV. — *Les effets juridiques de l'okoutchyé.*

144. Le droit d'okoutchyé produit un triple effet :

1°) Le fonds d'okoutchyé est exempt de la saisie-bénéfice de l'insaisissabilité ; — 2°) le fonds d'okoutchyé est inaliénable

— *bénéfice de l'inaliénabilité* ; et, enfin, 3°) le fonds est imprescriptible — *bénéfice de l'imprescriptibilité*. Ce dernier bénéfice n'est pas expressément établi par la loi, mais il résulte du fondement de l'institution de l'okoutchyé et des décisions de la jurisprudence. Ces trois effets sont rattachés à un principe fondamental : protéger et conserver un minimum de terre pour l'agriculteur et pour sa famille.

§ I. — *L'insaisissabilité du fonds d'okoutchyé.*

L'aisaisissabilité est d'ordre public, à tel point que le propriétaire ne peut pas y renoncer et qu'elle produit ses effets même en cas de faillite. Une saisie pratiquée en dehors des exceptions serait radicalement nulle. Est-ce que le fonds d'okoutchyé est dépourvu d'immunité à l'égard de tous les créanciers ? Voilà les questions que nous examinerons successivement.

ART. 1. — *Quels créanciers doivent subir l'insaisissabilité du fonds d'okoutchyé.*

145. Les adversaires de l'institution de l'okoutchyé, se voyant battus par la majorité de la Skoupchtina, s'efforçaient de limiter du moins le domaine de l'application de la loi et de préciser exactement la catégorie des créances qui sont mises sous le coup de l'insaisissabilité : *le but de l'okoutchyé étant de prévenir l'agriculteur contre le danger de l'endettement excessif et improductif, l'insaisissabilité ne devrait produire ses effets qu'à l'égard des créances provenant du contrat de prêt (mutuum) ;* quant aux créances provenant des autres sources, elles devraient être exemptées des effets de l'insaisissabilité. C'est une interprétation exacte de la loi d'okoutchyé.

146. Si l'on se porte caution pour quelqu'un, l'insaisissabilité produit-elle son effet ? Il faut se décider pour l'affirmative dans tous les cas où le débiteur principal en profite, et inversement. Mais si les biens de la caution dépassent le montant de l'okoutchyé, et si les créanciers du débiteur principal se font payer sur cet excédent, la question se pose de savoir si la caution peut échapper à l'insaisissabilité par voie de recours contre le débiteur, c'est-à-dire si elle peut se faire rembourser sur le fonds d'okoutchyé *le principal de la dette, les intérêts de ce principal, les frais, et les dommages-intérêts, s'il y a lieu.*

Pour recouvrer ces diverses sommes la caution a deux actions : 1) *une action personnelle* dérivant du *mandat*, quand elle s'est obligée à la demande du débiteur de *la gestion d'affaire*, quand elle a agi spontanément ; 2) elle est subrogée à tous les droits du créancier.

Dans le premier cas il faudrait appliquer la solution admise en matière de contrat de mandat, c'est-à-dire que la caution pourrait poursuivre le débiteur sur son fonds d'okoutchyé pour le paiement de tout ce qu'il a remboursé au créancier ; dans le second cas, la caution partagera la destinée de la créance principale. Mais il serait très dangereux de paralyser les effets de l'insaisissabilité vers la caution, puisque par l'intermédiaire de cette dernière on aurait pu éluder toujours l'application de la loi d'okoutchyé. C'est pour cela qu'en matière de cautionnement il faut se décider pour la solution suivante : *pour la caution l'insaisissabilité produit ses effets aussi bien que pour le créancier principal.*

147. Dans l'hypothèse de la solidarité passive et de l'absence de l'excédent du montant d'okoutchyé de tous les codébiteurs, le créancier ne saurait poursuivre personne, malgré ses nombreux engagements. Mais si cet excédent existe dans le patrimoine de

quelques-uns, le créancier peut se faire payer sur cet excédent pour la totalité de sa créance, en vertu de son droit de poursuivre les codébiteurs solidaires tous en même temps ou l'un seulement à son choix et pour la totalité de sa créance. Le codébiteur qui a effectué les remboursements n'est pas non plus soustrait à la règle générale relative au droit d'okoutchyé, et par conséquent il ne pourrait pas poursuivre les autres codébiteurs par voie de recours sur leurs fonds d'okoutchyé. L'exception d'ordre public est opposable à tous. Il en est de même en cas de solidarité active.

Aux termes de la loi, les emprunts faits aux caisses publiques sont payables sur le fonds d'okoutchyé.

A. — *Les créances qui ont une autre cause que le contrat de prêt.*

1°) *Les créances provenant des actes contractuels.*

148 a) *Contrat de vente.* — Toutes les créances provenant des obligations réciproques entre le vendeur et l'acheteur et équitables en espèces sont hors de l'effet de l'insaisissabilité. Supposons que le vendeur poursuit l'acheteur pour le paiement du prix. L'acheteur, bien entendu, ne saurait invoquer le bénéfice de la loi d'okoutchyé, puisque ce serait contre le fondement et le but de cette dernière. Le vendeur a mis une valeur dans le patrimoine de l'acheteur et il en demande la restitution ou son équivalent ; il ne s'agit donc ici de nul appauvrissement que la loi d'okoutchyé envisage, et par conséquent, il n'y a pas lieu à son application.

149. b) *Contrat de louage.* C'est un contrat consensuel et synallagmatique susceptible de produire de nombreuses obligations réciproques. En cette matière l'insaisissabilité produit-elle

ses effets ? Par exemple le bailleur poursuit le preneur pour le paiement du loyer, ou pour des dommages-intérêts. Dans tous ces cas l'insaisissabilité ne produit pas ses effets. Le bailleur aussi bien que le preneur peuvent se faire payer sur le fonds d'okoutchyé. Les métayages et les baux à ferme ne sont-ils pas les plus fréquentes transactions entre les paysans, et quel danger aurait couru la prospérité de l'agriculture si l'on avait établi l'insaisissabilité contre les créances provenant de ces transactions.

A plus forte raison, il faut admettre l'exception à l'insaisissabilité quand il s'agit du paiement des salaires. Tous les législateurs contemporains s'efforcent de protéger le salaire autant que possible, et ce serait contre la justice et l'équité, si un ouvrier ne pouvait poursuivre le paiement de son salaire sur tous les biens de son patron.

150. c) *Le prêt à usage ou commodat.* — Dans son discours Krstitch a fait connaître à l'assemblée de la Skoupchtina plusieurs cas où l'application de la loi d'okoutchyé serait néfaste et injuste. Il a supposé un cas relatif au prêt à usage, un contrat très fréquemment passé entre les paysans. Il arrive bien souvent que les paysans se prêtent à usage des bœufs, des chevaux, des charrues ou d'autres choses nécessaires à l'agriculture. Eh bien ! Supposons que la chose empruntée périsse et que le prêteur poursuive l'emprunteur pour des dommages-intérêts. Ce dernier peut-il opposer le bénéfice de l'insaisissabilité au prêteur ? La réponse affirmative serait contre la justice et contre le fondement du droit d'okoutchyé. M. Krstitch a bien souligné toutes les injustices qu'aurait dû subir le prêteur s'il n'avait pas pu se faire payer sur le fonds d'okoutchyé des dommages-intérêts en cas de détérioration ou de perte de la chose dont l'emprunteur est responsable.

151. d) *Le dépôt.* — Il en est de même s'il s'agit de se faire indemniser le dommage subi par le déposant en cas de perte de la chose bien entendu à moins que cette perte ne soit survenue par cas fortuit, force majeure ou par un vice de la chose.

152. e) *Contrat de mandat.* — Ici il faut appliquer la même solution. Comment pourrait-on faire autrement si, par exemple, le mandataire refuse de délivrer le prix de la vente ou de louage d'un immeuble de son mandat. Il est hors de doute que le mandant aura le droit de poursuivre son mandataire même sur le fonds d'okoutchyé.

153. f) *Contrat de société.* — Supposons qu'un paysan a promis un apport et que ce ne soit ni l'apport en propriété, ni l'apport en jouissance, mais qu'il ait promis une somme d'argent. La société devient immédiatement sa créancière et peut le contraindre à s'acquitter ; l'associé, bien entendu, a les mêmes moyens de s'acquitter que tout autre débiteur ; a-t-il aussi le droit d'invoquer le bénéfice du droit d'okoutchyé ? Evidemment non ! Car la cause de son obligation ne réside pas dans le contrat de prêt, et la solution positive serait même contre le fondement du droit d'okoutchyé. Aucun des contractants en stipulant la société n'a pour but de tirer des avantages illégaux et immoraux par l'abus d'une situation pénible dans laquelle peut se trouver l'autre contractant, et par suite exploiter la gêne ou la faiblesse de celui-ci, comme c'est le cas très fréquent dans les contrats de prêt. La société, bien au contraire, est un « contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ». Or, admettre l'insaisissabilité en matière de contrat de société, ce serait injuste et cela empêcherait le placement productif des capitaux paysans disponibles. A ces raisons

d'ordre économique il faut ajouter celles tirées du but et du fondement de l'institution. Il est hors de doute que le législateur ne voulait pas, par la loi d'okoutchyé, aggraver au paysan les conditions de participer avec ses capitaux aux entreprises lucratives. Décidément il faut écarter les effets de l'insaisissabilité du domaine des contrats de société, du moins entre les associés.

2°) *Les créances provenant des sources non-contractuelles.*

155. Il faut faire entrer dans cette catégorie des créances toutes celles qu'impliquent les engagements qui se forment sans convention. La mise de ces créances en dehors des effets de l'insaisissabilité serait dans l'esprit de la loi et en harmonie avec le but de l'okoutchyé. Le paysan ne peut donc pas invoquer le droit d'okoutchyé s'il est tenu d'une obligation née soit de l'autorité seule de la loi (obligations légales), soit d'un fait personnel à l'une des parties. Si ce fait est licite, on est dans l'hypothèse du quasi-contrat ; s'il est illicite, on est dans celle du délit ou du quasi-délit. S'il y a acquittement d'une obligation légale, la jurisprudence admet l'aliénabilité du fonds d'okoutchyé — arrêt du 15 septembre 1925. Quand on admet dans ce cas l'aliénabilité pour une raison plus forte, il faut admettre la saisissabilité. Le sens de l'arrêt est que toutes les obligations non-conventionnelles doivent être acquittées nonobstant l'insaisissabilité ou l'inaliénabilité du fonds d'okoutchyé. La jurisprudence ne mentionne que l'obligation des parents de doter leurs enfants ; mais il en est de même s'il s'agit d'autres obligations non-contractuelles, à savoir : 1°) l'obligation des enfants de fournir des aliments à leur père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin et réciproquement ; 2°) l'obligation des gendres et belles-filles ; 3°) l'obligation alimentaire du donataire envers le donateur appauvri ; 4°) l'obligation du *negotiorum gestor* en-

vers le maître et réciproquement ; 5°) les obligations nées du paiement de l'indû ; 6°) les obligations provenant du fait de l'enrichissement sans cause aux dépens d'autrui ; et enfin, 7°) les obligations issues d'un délit civil ou d'un quasi-délit.

3°) *Les condamnations en matière criminelle, les impôts, les taxes communales ou autres frais municipaux.*

156. En cette matière le droit d'okoutchyé ne produit pas ses effets juridiques.

Les obligations provenant des condamnations de droit criminel sont de trois sortes. Elles peuvent avoir pour objet des amendes, des frais de justice, des réparations civiles, prononcées au profit des parties civiles en cause. La loi n'établit aucune distinction entre ces trois catégories d'obligations, c'est-à-dire qu'elles sont toutes payables sur le fonds d'okoutchyé.

Le recouvrement des impôts, des taxes communales ou d'autres frais municipaux est exécutable sur le fonds d'okoutchyé indépendamment de la nature directe ou indirecte personnelle ou réelle de l'impôt.

B. — *L'insaisissabilité emporte-t-elle l'insaisissabilité des fruits:*

157. Le fonds d'okoutchyé doit être de nature immobilière ; les fruits jusqu'au moment de leur perception sont accessoires au fonds d'okoutchyé, et dès lors, ils participent à sa nature juridique. Dès qu'ils se séparent de l'immeuble au moyen de perception, ils deviennent de nature mobilière et par conséquent se placent hors des effets juridiques du droit d'okoutchyé. Dans ce cas il faut appliquer la règle qui exempte de la saisie une quantité de meubles nécessaires pour l'alimentation de l'agriculteur, estimation des autorités.

Cette insaisissabilité est une insaisissabilité spéciale et indépendante de l'insaisissabilité de l'okoutchyé. Celle-ci n'emporte pas celle-là, la perception des fruits étant faite. Il y a des meubles que le Code de procédure civile déclare insaisissables pour la raison universelle d'humanité. Ce serait inhumain et inéquitable de pousser le droit du créancier jusqu'à permettre un dépouillement total du débiteur. Il faut laisser à celui-ci du moins autant de biens qu'il en faut pour subvenir aux besoins primordiaux de sa famille et de lui-même. Ce principe est adopté par toutes les législations, et la nôtre n'y a pas fait exception, non seulement quand il s'agit de protection du paysan mais de tous les êtres humains.

ARTICLE 2. — *Sanction de l'insaisissabilité.*

158. Il peut arriver que les biens frappés d'insaisissabilité soient saisis, bien entendu, en dehors des hypothèses où la saisie en est permise. Qu'advient-il en pareille occurrence ?

Il y a deux moyens juridiques dont le débiteur peut faire usage : *un moyen est à sa disposition au cours de la procédure de saisie, et l'autre après l'adjudication des biens saisis.*

S'il s'agit d'une saisie conservatoire, le paysan débiteur attaquera la décision du tribunal au moyen du *pourvoi en cassation*. Le défendeur devrait prouver deux faits : qu'il est agriculteur et qu'il ne possède aucun excédent du montant de l'okoutchyé, et que dès lors, le bien saisi est insaisissable. Lorsqu'on est en présence d'un jugement exécutoire en paiement de dette, le débiteur peut demander la suspension de l'exécution. Il n'est pas certain que le débiteur réussira par ce moyen étant donné que la loi a limitativement énuméré les cas où le débiteur peut demander la suspension de l'exécution, et l'insaisissabilité des biens n'y est pas mentionnée.

En cas d'échec il y a encore un moyen très efficace contre le *jugement d'adjudication*. La prohibition de la loi d'okoutchyé étant d'ordre public l'agent du pouvoir exécutif est responsable du dommage au débiteur paysan, s'il a manqué par négligence et par mauvaise foi, de veiller sur le caractère insaisissable des biens demandés en saisie : Le § 500 *a* du Code de procédure civile est conçu en ces termes : ...Les agents du pouvoir exécutif sont tenus d'indemniser les dommages et les frais causés par leurs procédés irréguliers. C'est le tribunal de première instance qui est compétent. Cette matière est donc soustraite à la compétence de la juridiction administrative.

§ II. — *L'inaliénabilité du fonds d'okoutchyé.*

159. L'inaliénabilité du fonds d'okoutchyé est absolue et d'ordre public à la différence de l'inaliénabilité du bien de famille ou du Homestead américain dont le caractère est conventionnel et l'effet relatif, puisqu'il ne suffit que du consentement de la femme pour rendre le bien de famille aliénable, et s'il s'agit de Homestead, il suffit soit de ce consentement, soit que le chef de famille reste veuf et que ses enfants soient mariés en dehors.

Il est impossible de préciser exactement la ligne de démarcation entre les actes d'administration et les actes de disposition. Il est préférable de diviser en deux groupes tous les actes de disposition : 1°) *l'aliénation par voie directe*, et 2°) *l'aliénation par voie indirecte*. Nous examinerons successivement quels actes sont englobés dans la prohibition d'aliéner le fonds d'okoutchyé et quelle en est la sanction.

ARTICLE I. — *Portée pratique de la défense d'aliéner.*

La défense d'aliéner prohibe tous les actes qui tendent à

dépouiller le propriétaire de tout ou partie de ses droits sur le fonds d'okoutchyé, non seulement les actes translatifs de propriété, mais encore les actes constitutifs de servitudes (sauf des servitudes légales); d'usufruit, d'emphytéose, d'hypothèque ou de gage, et même l'usucapion n'est pas possible, puisqu'on considère comme une aliénation tacite le fait d'avoir laissé usucaper.

A. — *L'aliénation par voie directe.*

160. 1°) *La vente.* — Il est évident que par le contrat de vente, le vendeur se prive de ses biens, en échange desquels il se procure des espèces représentant le prix. C'est une forme d'aliénation qui est de nature à déposséder le vendeur d'un bien infongible et immobilier, or, c'est le seul bien susceptible de protection de la loi d'okoutchyé.

La vente à réméré est aussi prohibée puisqu'elle entraîne fatalement ladite transformation et elle a le plus souvent pour but de dissimuler des contrats pignoratifs.

161. 2°) *La vente permise.* — La jurisprudence a admis la vente faite en faveur des enfants et la vente faite par la veuve dont le droit d'usufruit comprend la totalité du fonds d'okoutchyé. Ce qui est vrai de la vente, l'est également de la dation en paiement, ou de l'apport d'un immeuble dans une société civile ou commerciale.

L'arrêt du 17 octobre 1927, N° 9.098, III° Ch. (1) déclare que les tuteurs peuvent disposer des biens de la masse si la vente est incontestablement et objectivement utile pour les pupilles; cette vente justifiée par cette utilité est permise nonobstant le fait qu'elle se porte sur le fonds d'okoutchyé; cet

(1) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1927, p. 610.

arrêt déclare encore généralement que toutes les aliénations sont permises si elles sont justifiées par une utilité et une nécessité pour le cultivateur ; — ensuite, d'après cet arrêt, la vente faite en faveur des pupilles ou des enfants devrait être permise par cela même qu'elle aurait représenté l'acquittement d'une obligation légale provenant soit du devoir des parents de veiller aux intérêts matériels et moraux de leurs enfants, soit de la double fonction du tuteur : l'une relative à la personne, l'autre relative aux biens du pupille.

L'arrêt du 14 octobre 1927, III^e Ch., N^o 8.809 (1) est ainsi conçu : le § 471 du Code de proc. civ. doit être interprété de façon à accorder à la veuve le droit de disposer librement de ses propres si les biens compris dans son usufruit de veuve atteignent le montant de l'okoutchyé, mais, dans le cas où les biens de son feu-mari ne constituent pas le fonds complet d'okoutchyé, la femme veuve pourra disposer de ses propres jusqu'à concurrence du comblement de cette lacune dans le fonds d'okoutchyé.

162. 3^o) *Donation et legs.* — Quand il est défendu de vendre le fonds d'okoutchyé, il est défendu à plus forte raison d'en disposer par des actes à titre gratuit. Une question assez délicate se pose ici, c'est celle de savoir si le réservataire peut attaquer les actes de disposition à titre gratuit faits par le défunt (les donations et les legs), quoique sa part légitime n'en soit pas atteinte, mais en supposant que ces actes portent atteinte au droit d'okoutchyé ? Evidemment oui ! Voilà deux arguments décisifs pour cette opinion. D'abord un argument de texte : la loi prohibe toutes les sortes d'aliénation, même celles *mortis causa* ; un second argument de principe : les héritiers sont les continuateurs de la personne du défunt et, dès lors, ils succèdent à

(1) S. KOVATSCHÉVITCH : *Pratique judiciaire*, 1927, p. 610.

leur feu père avait donné en dot à leur sœur ; ils demandent la restitution de cet immeuble aliéné par celle-ci au défendeur en vertu de ce que leur père ne pouvait pas disposer du fonds d'okoutchyé et que l'acte de disposition fait par lui et puis par sa fille est frappé d'une nullité absolue. Le tribunal de Tchoupria leur donna gain de cause : « Attendu que leur feu père au jour de la constitution de la dot, le 1^{er} Février 1905 n'avait pas de terre libre dans le sens du § 471 du Code de proc. civ. que, dès lors, il n'en pouvait en aucune façon disposer même par le contrat de dot ; attendu que sa fille ne pouvait pas par conséquent acquérir le droit de propriété sur l'immeuble qui lui avait été donné en dot, et que, dès lors, aux termes du § 29 C. civ. elle ne pouvait pas non plus transmettre à autrui un droit qu'elle n'avait pas elle-même » — par ces motifs....etc.

L'arrêt du 14 Septembre 1927 est ainsi conçu : « Le tribunal a fait une fausse application du § 471, en refusant d'approuver l'acte translatif de propriété malgré la délivrance de la preuve que le tuteur avec homologation du juge aliène l'immeuble pour le constituer en dot à sa pupille ».

B. — *L'aliénation par voie indirecte.*

164. 1^o) *L'hypothèse conventionnelle.* — La défense d'aliéner comprend la défense d'hypothéquer. Le tribunal n'est pas appelé d'office à examiner si les immeubles sur lesquels on demande la constitution de l'hypothèse dépassent ou non le montant de l'okoutchyé. C'est au créancier à s'en informer et à subir les conséquences de sa négligence. Dans un cas seulement le tribunal est appelé d'office à demander la délivrance du certificat : c'est quand il s'agit de constituer l'hypothèque pour le compte des Etablissements publics de crédit.

La dispense de prohibition d'aliéner comprend, bien entendu, la dispense de prohibition d'hypothéquer. Quand il y a lieu à

cette dispense, nous n'avons qu'à nous en référer à la matière des actes de dispositions que nous venons d'exposer.

165. 2°) *L'hypothèque légale* — En l'absence de textes et de décisions jurisprudentielles, il faut faire intervenir l'idée d'obligation légale. L'hypothèque de la pupille contre le tuteur n'est-elle pas une garantie de l'acquittement des obligations dont le tuteur est tenu ; ou prenons pour exemple l'hypothèque de la femme : pourrait-elle demander la constitution de l'hypothèque sur le fonds d'okoutchyé de son mari à titre de garantie La jurisprudence a mis fin à temps à ces manœuvres frauduleuses sur le fonds d'okoutchyé de son mari à titre de garantie de restitution de ses biens dotaux ? Nous sommes d'avis qu'il faut admettre la constitution de l'hypothèque légale pour les mêmes raisons qu'on a admis la saisissabilité du fonds d'okoutchyé pour l'exécution des obligations légales.

166. 3°) *La transaction* — C'est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. « Ce qu'il y a de spécifique dans la transaction, c'est qu'elle termine ou prévient une contestation grâce à un *sacrifice réciproque* des parties, sacrifice qui peut d'ailleurs aussi bien consister dans une renonciation à un droit prétendu que dans une prestation ou dans la promesse d'une prestation étrangère au litige » et puis M. Capitant ajoute « qu'il convient d'indiquer que dans la pratique, les contractants déguisent fréquemment sous le nom de transaction des actes ayant en réalité un but et un caractère tout différents, comme une vente, une donation, un partage (1) La transaction nous intéresse donc principalement en tant qu'elle sert de moyen de déguisement dont le but est le plus souvent d'échapper au coup

(1) A. COLIN et H. CAPITANT : *Cours de droit civil*, éd. 1925, *op. cit.*, p. 724, t. II.

de la loi d'okoutchyé. La transaction n'est pas défendue seulement en tant qu'elle est un acte d'aliénation, mais aussi en tant qu'elle est un contrat *frauduleux de présomption*. La transaction dans la pratique judiciaire revêtait constamment la forme sous laquelle on passait divers actes de disposition. La jurisprudence a mis fin à ces temps à ces manœuvres frauduleuses. Il est d'usage que le tribunal n'accorde jamais son homologation à un acte de transaction sans demander la délivrance du certificat d'okoutchyé, quelque soit la forme de cette transaction : forme de *désistement*, d'*acquiescement*, de *confirmation*, de *compromis* ou de *délation de serment*.

L'arrêt du 16 Septembre 1925 N° 7225 (1) déclare, que si le demandeur, intentant l'action en revendication, se désiste au cours du litige, en reconnaissant au défendeur le droit de propriété et la possession de 24 ans, il doit quand même faire délivrer un certificat d'okoutchyé. Voici l'espèce : Momtschilo Louzanine et Anka intentent une action possessoire (réintégrande) contre B. Louzanine. Au cours du procès ils procèdent à une transaction en déclarant que l'immeuble est la propriété du défendeur, que cet immeuble est situé à côté du leur de façon à ne faire qu'un ; que le défendeur le possédait et en jouissait depuis 24 ans ; — qu'ils ne prétendent à aucun droit sur lui et que le défendeur peut demander la délivrance du *certificat de propriété (tapia)* en vertu de cette transaction. Le tribunal avant d'homologuer cet acte de transaction ordonna aux parties de fournir dans le délai fixé le certificat d'okoutchyé aux termes du § 471 du Code de proc. civ. Le délai ayant été expiré sans avoir reçu aucune réponse des parties, le tribunal décida de refuser son homologation à l'acte de

(1) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1925, p. 487.

transaction. Sur le pourvoi des parties la Cour de cassation confirma la décision du tribunal.

167. 4^o) *Le contrat de Zadrouga.* — La communauté de la zadrouga peut être *accidentelle* ou *conventionnelle*. Nous sommes ici intéressés de voir dans quelles conditions la communauté conventionnelle peut emporter les aliénations défendues par la loi d'okoutchyé.

La zadrouga est une communauté de vie, de travail et de biens ; ceux qui conviennent cette communauté s'obligent à mettre en commun leur travail et leurs biens. Est-ce que ce contrat de zadrouga entraîne nécessairement la transmission de propriété en faveur d'une autre personne, et est-ce que le contrat a pour conséquence nécessaire que les biens des contractants tombent dans la masse indivise en y perdant sa déterminabilité individuelle et matérielle ?

La question sur le caractère translatif du contrat de zadrouga se ramène à la question sur la personnalité juridique de ce groupement. La communauté de la zadrouga a-t-elle la capacité de jouissance et d'exercice des droits, qualité ou capacité reconnue ou concédée à des groupements d'individus revêtus de la personnalité juridique ? Si l'on se décide pour l'affirmative le contrat de Zadrouga aura la qualité d'un acte translatif de propriété et par conséquent, sera de nature à soulever la discussion sur sa possibilité d'application de la loi d'okoutchyé. Dans ce cas les biens mis en commun représenteraient l'apport en propriété et le zadrougar serait tenu de faire transmettre le droit de propriété à la zadrouga ; le fonds commun appartiendrait à l'être moral et constituerait un gage exclusif des créanciers qui ont contracté avec le zadrouga ; le zadrougar ne pourrait pas s'opposer en principe aux actes d'aliénation, il n'aurait donc pas le *jus prohibendi*, et il ne pourrait pas non

plus demander le partage. Si la zadrouga est revêtue de la personnalité juridique, le droit du zadrougar n'est pas un droit réel, ni un droit de créance. « Il n'est pas un droit réel parce que la propriété des biens sociaux appartient à l'être juridique. Il n'est pas davantage un démembrement du droit de propriété, parce qu'elle appartient tout entière à l'être juridique. Enfin, il n'est pas davantage un droit de créance, car le zadrougar n'est pas un créancier de la zadrouga. Dans l'hypothèse où la zadrouga serait pourvue de la personnalité juridique, il est donc incontestable que le contrat de zadrouga serait soumis à l'application de la loi d'okoutchyé, c'est-à-dire qu'il serait entaché de nullité absolue.

168. Mais, en effet, ni la zadrouga n'est pourvue de la personnalité juridique, ni le législateur n'a jamais pensé à mettre aucun obstacle à la formation des zadrougas. Puisqu'il n'y a pas de personnalité juridique, il y a autant de quote-parts que d'indivisaires ; le patrimoine social n'existe pas ; il n'y a pas non plus de créanciers de la zadrouga distincts des créanciers personnels des zadrougars ; tous les zadrougars ont le *jus prohibendi* c'est-à-dire que les actes d'administration et de disposition de la chose ne peuvent être faits qu'avec le consentement unanime de tous les copropriétaires, de telle sorte que leur droit contient celui de s'opposer à ce que les autres fassent certains actes sur la chose : pour accomplir sur elle des actes d'administration ou de disposition il faut l'assentiment unanime des copropriétaires. Enfin, chaque zadrougar peut demander le partage. De prime abord, on dirait que la zadrouga est assimilable à une indivision. Oui, mais pas tout-à-fait. C'est plutôt une indivision spéciale qui diffère de l'indivision d'après la conception latine aussi bien que celle d'après la conception allemande (1). A la différence de ces deux types d'indivision, la

zadrouga ne suppose pas nécessairement la notion de la quote-part qui représente d'ailleurs d'après les deux conceptions sus-indiquées un élément essentiel de l'indivision. « Qu'est-ce donc que la copropriété, cette espèce d'indivision ? C'est l'état juridique d'un bien, donc d'une chose matérielle, meuble ou immeuble, qui, au lieu d'être la propriété d'une seule personne appartient à plusieurs. Le bien n'est pas divisé entre ces personnes car s'il l'était il y aurait des droits distincts de propriété. Or, il n'y en aura qu'après le partage matériel de la chose, mais alors l'indivision, la copropriété aura pris fin ».(1) Mais quand à la zadrouga, il est tout-à-fait indifférent que la part d'un zadrougar ait la qualité d'une quote-part qui s'exprime par un chiffre ou d'une part divisée, c'est-à-dire d'un droit de propriété fractionné portant sur une portion déterminée de la chose. Cette absence de quote-part est la plus fréquente dans les zadrougas conventionnelles : ici les contractants conviennent d'habitude la communauté de vie et de travail en se réservant le droit de quote-part dans les fruits civils et naturels du fonds commun et dans les acquêts. Ce type de zadrouga représente en quelque sorte une coopérative de production. C'est pour encourager la formation de ces communautés qu'on a admis que la part des indivisaires soit matériellement déterminée. Le contrat de zadrouga n'est donc pas seulement susceptible d'application de la loi d'okoutchyé, mais il est favorisé et à chaque zadrougar majeur et assujetti à l'impôt la jurisprudence assure un fonds complet d'okoutchyé indépendamment du montant de sa quote part- ou de sa part divisée. Cet avantage est assuré par un procédé spécial de calcul que nous avons exposé dans le paragraphe 3 de la seconde section.

(1) H. CAPITANT : *Cours de droit civil approfondi* 1927-28, p. 14,

169. On se demande maintenant s'il y a une hypothèse où le contrat de zadrouga pourrait entraîner l'application de la loi d'okoutchyé. Il y a eu une hypothèse dans la pratique que voici : *Primus* et *Secundus* ont conclu un contrat de zadrouga en y insérant la clause suivante : si *Primus* fait chasser *Secundus* de la communauté il sera tenu de lui donner la moitié des immeubles ; si, au contraire *Secundus* en sort bénévolement il n'aura droit que de reprendre la part qu'il a apportée. Les apports, bien entendu, n'étaient pas égaux : *Primus* avait mis en commun tous ses biens mobiliers et immobiliers, tandis que *Secundus* n'avait apporté que 15.000 dinars. La vieillesse et la faiblesse de *Primus* étaient le mobile de la conclusion de ce contrat si avantageux pour *Secundus* dont *Primus* avait besoin pour se faire soigner par lui. Mais *Secundus*, loin d'être reconnaissant, a commencé à maltraiter *Primus* pour des raisons spéculatives, c'est-à-dire pour se faire chasser par *Primus* et mettre ainsi en exécution la clause stipulée lui ouvrant, en cas d'expulsion, le droit sur la moitié des immeubles de *Primus*. Il a réussi. *Primus*, ne pouvant plus supporter les mauvais traitements de *Secundus*, le cita enfin en justice en demandant la résolution du contrat et l'expulsion de *Secundus* de sa maison. Le tribunal de Belgrade trancha l'espèce en prononçant la résolution du contrat et en condamnant *Primus* à transférer la moitié des immeubles à *Secundus* aux termes du point 6 du contrat. La Cour d'appel confirma le jugement en ce qui concerne la résolution du contrat, mais elle l'infirmait en ce qui concerne l'exécution de la clause qui portait sur les immeubles compris dans le fonds d'okoutchyé. La Cour de cassation, toutes chambres réunies, se rallia à l'opinion de la Cour d'appel — arrêt du 5 décembre 1925 N° 10721 (1)

(1) S. KOVATSCHEVITCH, P. I. 1925, p. 493.

170. Or, la jurisprudence proclame ce principe sur le matière : *le contrat de zadrouga est soumis à l'application de la loi d'okoutchyé en tant qu'il enferme les actes d'aliénation*. C'est un principe qu'il faut appliquer à tous les contrats de société. Dès lors, si l'on est en présence d'un groupement quelconque revêtu de la personnalité juridique dont les associés-cultivateurs ont fait des *apports en propriété ou en usufruit* détachés du fonds d'okoutchyé, il y a lieu à invoquer le bénéfice de la législation d'okoutchyé et les agriculteurs-associés peuvent demander la nullité du contrat d'adhésion aussi bien que le tribunal peut refuser d'approuver l'acte translatif de propriété en faveur de ce groupement. Il en est de même quand il s'agit d'autres contrats de société qui auraient englobé sous n'importe quelle forme des actes d'aliénation. Cette solution s'appuie non seulement sur les décisions judiciaires, mais aussi sur le texte formel de la loi qui dispose que toutes les aliénations du fonds d'okoutchyé sont défendues.

Art. 2. — *Sanction de l'inaliénabilité*

171. L'aliénation du fonds d'okoutchyé représente une violation d'une disposition de la loi tenant à l'ordre public. Cet acte, portant atteinte à une règle dont le caractère impératif ou prohibitif tient à la considération de l'intérêt général, est frappé d'une nullité absolue. Les caractéristiques de la nullité absolue sont les suivantes : 1°) Tout intéressé est admis à invoquer la nullité ; 2°) l'acte ne peut pas être confirmé par ceux de qui il émane ; 3°) L'action en nullité est à l'abri de la prescription.

172. La question qui se pose est celle de savoir si l'aliénation entraîne l'annulation *totale ou partielle* de l'acte. Dans l'hypothèse où l'acte d'aliénation porte en partie sur

le fonds d'okoutchyé et en partie sur des biens disponibles, la jurisprudence s'est prononcée pour *l'annulation partielle*. Lorsque l'agriculteur vend ses immeubles et si on en demande la restitution en vertu de la loi d'okoutchyé, il n'y aura pas d'annulation du contrat de vente mais on procédera à la réduction jusqu'à compléter le fonds d'okoutchyé. Voici l'espèce : A. a déclaré au tribunal de Krouchevatz que son père avait vendu en 1918 à Mil. Michitch deux parcelles de terre au prix de 20 mille dinars ; ces parcelles ayant été comprises dans le fonds d'okoutchyé, il avait offert aux acheteurs la restitution du prix, mais comme ils ne l'ont pas accepté il les assigne en justice en demandant l'annulation du contrat et la restitution des biens vendus. Les défendeurs opposent les exceptions suivantes : Le demandeur possède avec son père outre les biens vendus 10 jours et « un demi-jour » de terre arable ; il leur manque donc « un demi-jour » pour en avoir autant que le § 471 protège. Si le tribunal avait adopté le point de vue du demandeur, en supposant que quelqu'un a 100 jours de terre arable et qu'il en a aliéné 97, on arriverait à ce résultat que ce quelqu'un en demande la restitution totale, ce qui serait contraire à l'équité et à la justice qu'il faut prendre en considération à défaut de dispositions légales — § 2 du Code civil. Pour cette raison le défendeur prétend qu'il faudrait restituer les biens vendus dans la mesure où il faut compléter le fonds d'okoutchyé, et dans ces limites annuler le contrat. Le tribunal a donné gain de cause au demandeur, mais la Cour de cassation dans la III^e chambre se déclara pour l'annulation partielle — *arrêt du 25 Novembre 1925 N° 10.466 (1)*. Dans le même sens l'*arrêt du 21 Décembre 1926 N° 11.226, II^e chambre (2)*.

(1) S. KOVATSCHEVITCH, P. I. 1925, p. 489.

(2) » P. I. 1926, p. 667.

173. Si les biens aliénés se trouvent entre les mains du tiers acquéreur, celui-ci ne peut pas opposer l'exception de garantie pour éviter l'exercice de l'action en nullité : parce que l'inaliénabilité y met obstacle. Le jugement qui prononce la nullité a pour effet de remettre les choses dans l'état antérieur, d'une façon rétroactive. Les aliénations ainsi que les constitutions de droits réels que le tiers ou l'ayant-cause aurait consenties depuis l'aliénation, ne seraient pas opposables au bénéficiaire.

L'action en nullité appartient à tous ceux que le législateur visait à protéger par la loi d'okoutchyé. Il faut y compter tous les successeurs de l'aliénateur, puis toutes les personnes avec qui il était dans la communauté de la zadrouga ; et enfin, il faut conférer le droit d'exercice de l'action à la femme veuve : parce que, comme nous l'avons vu, son droit d'usufruit sur le fonds d'okoutchyé de son mari forme un *okoutchyé spécial* à la veuve. La protection de la famille et de la communauté de la zadrouga étant un des buts de la législation d'okoutchyé, tous les membres y sont admis à exercer l'action pour obtenir la restitution.

174. Le tiers acquéreur qui a traité avec l'acheteur du fonds d'okoutchyé, peut-il exercer l'action en nullité ? Il faut se décider pour l'affirmative à cause de l'indisponibilité réelle dont le fonds d'okoutchyé est frappé ; il y a encore un argument tiré de l'ordre public dont la protection de la petite propriété est le but essentiel et que toutes les autorités doivent surveiller d'office. C'est une solution contraire à celle admise en matière d'inaliénabilité de la dot dans le droit français qui n'admet pas que le tiers acquéreur qui a traité avec la femme, exerce l'action en nullité de l'acte d'aliénation des biens dotaux. Le fonds d'okoutchyé étant mis *extra commercium*, il faudrait se décider pour la solution la plus radicale : c'est admettre

toute personne intéressée à exercer l'action en nullité. Cette action, comme nous l'avons déjà dit est imprescriptible.

§ III. — *De l'imprescriptibilité du fonds d'okoutchyé.*

175. Le fonds d'okoutchyé est imprescriptible. Cela veut dire qu'un tiers aurait beau posséder ce fonds pendant 10 ans avec juste titre et *modus acquirendi*, ou pendant 24 ans, sans l'une de ces deux conditions : au bout de ce temps il n'aurait pas acquis la propriété du fonds d'okoutchyé.

La loi n'a pas prescrit expressément l'imprescriptibilité du fonds d'okoutchyé. Ce bénéfice est la suite logique des deux autres bénéfices. D'après la jurisprudence l'imprescriptibilité résulte du caractère d'ordre public dont la défense d'aliéner est investie. *Un arrêt du 26 juin 1926* que nous avons déjà cité proclame ce principe de l'imprescriptibilité du fonds d'okoutchyé.

Il va s'en dire que l'imprescriptibilité ne produit pas ses effets dans le cas où l'aliénation du fonds est permise.

CHAPITRE II

LE DROIT DE PREEMPTION LEGALE

(*Retrait Lignager*)

SECTION I. — *Historique.*

176. 177. 178. Le droit de préemption légale dont parlent les §§ 670, 676 C. civ. est une institution du droit coutumier des Slaves du Sud. Elle est inhérente à l'idée slave de la famille et des devoirs paternels. L'organisation de la famille yougoslave est fondée sur l'égalité complète de ses membres. Le chef n'est donc pas tout-puissant comme dans la famille romaine. Aucun membre de la famille slave, même le chef, ne peut rien aliéner sans le consentement des autres membres, surtout quand il s'agit de l'aliénation des immeubles. Un fervent investigateur des coutumes des Slaves du Sud, l'éminent juriste yougoslave, Boguichitch, a trouvé cette institution dans toutes les régions slaves. Toutes les codifications régionales et successives impliquent le droit de préemption légale. Un ancien « *Code des coutumes monténégrines promulgué en 1789 à Tzétigné* » dispose dans son art. 15 que le vendeur, avant d'aliéner son bien, doit préalablement l'offrir à ceux avec qui il est parenté, et, en cas de refus de leur part, à ses voisins avec qui il a été en indi-

vision (1). La même disposition se trouve dans le *Code général monténégrin du Prince Danilo promulgué le 23 Avril 1855* ; on la rencontre de même dans le Code civil serbe, mais avec quelques modifications tendant à restreindre le nombre des bénéficiaires et à entourer de formalités l'exercice du droit de préemption. Le droit des voisins de se prévaloir du droit de préemption légale consacré par le Code civil serbe de 1884, était supprimé trois ans plus tard, et c'est ainsi que les voisins ne figurent plus parmi les bénéficiaires, c'est-à-dire les successibles et les indivisaires du vendeur. Les voisins étaient admis dans le droit coutumier, d'après Boguichitch, en leur qualité présomptive d'indivisaire antérieur du vendeur, étant donné que, à l'origine, tous les Slaves du Sud ont vécu dans des communautés de zadrouga. Cette opinion est soutenable (2). Nous sommes d'avis que le droit de préemption légale est une survivance de cette forme collective de propriété. Ce droit était donc déterminé par l'institution de la zadrouga, par cette vie commune et cette collectivité patrimoniale. Il était important que les biens ne sortent pas de la communauté en aucune manière. Une fois partagés, les indivisaires continuèrent comme les voisins à respecter le souvenir d'une vie commune et même à l'évoquer pour justifier leur prétention à l'égard des biens dont ils étaient jadis les copropriétaires. C'est de cette manière qu'on peut expliquer le droit de retrait accordé aux voisins et laissé intact par toutes les modifications survenues au cours du XIX^e siècle dans les différentes régions yougoslaves. Le législateur serbe a enlevé le

(1) V. STOIAN NOVAKOVITCH, Le droit de préemption des parents et des voisins en matière de vente de terre, l'article publié dans « *Godich-gnitza Tschoupitchévé Zadouzbiné* IX 1890.

(2) Les codifications les plus anciennes expliquent par cette idée le droit du voisin d'exercer le retrait. L'art. 15 du « Code des coutumes monténégrines » est explicite sur cette question ; et il dit qu'il faut offrir le marché « à ses voisins avec qui le vendeur a été en indivision ». Dans ce sens, le Code de Danilo 1855.

droit de retrait aux voisins par une loi du 14 Mai 1847. A cette époque ce droit du voisin n'avait plus sa raison d'être. La présomption d'une vie commune antérieure des voisins n'était plus soutenable. La Serbie était le point d'attraction pour les migrations des Slaves. Ils venaient de tous les côtés, pour s'installer dans la Serbie, leur seul Etat national qui leur concédât des terres à défricher et à cultiver. Ces faits ont rendu absurde la présomption qui sert de fondement au droit de retrait des voisins. En effet on abusait de ce droit et les procès se multiplièrent malgré la justice et la libre circulation des biens qui était surtout gênée dans les villes où le capital commercial venait de commencer à se développer.

179. Il résulte de tout ce qui précède que, suivant les coutumes des Slaves du Sud, le droit de retrait se fonde sur l'idée de collectivité dans laquelle les bénéficiaires se trouvent ou se sont trouvés. Cette collectivité est revêtue de la forme d'« *inokosna koutcha* » ou de « *zadrouga* » (1). Ces deux formes de communauté familiale étant en train de disparaître par suite du développement de la vie moderne, on dit avec raison que l'institution du droit de retrait n'a plus sa raison d'être, et qu'elle est maintenant susceptible de produire seulement des inconvénients sans apporter aucun avantage. Ce droit, d'origine paysanne, est, en effet, un poids sans aucune contre-partie et la cause constante de l'augmentation des procès corruptifs.

180. Il n'y a pas de doute que le droit de préemption légale est une institution du droit coutumier. Mais où est son origine ? Une fois que nous en avons dégagé le fondement, la question de l'origine est résolue par cela même. L'origine du droit de retrait est liée à l'origine de l'institution qui l'a déterminé.

(1) V. *supra*.

Mais il y a un auteur serbe, Stoïan Novakovitch, qui soutient que l'origine du droit de préemption légale se trouve dans le système fiscal byzantin (1). Ce système fiscal comprenait un impôt sur les terres qui, divisées en parcelles, constituaient des unités imposables. Une parcelle imposable n'appartenait pas à un même propriétaire : cette parcelle comprenait plusieurs portions de terrain appartenant à plusieurs propriétaires qui étaient tous responsables du paiement de l'impôt. Les propriétaires d'une parcelle imposable se servaient mutuellement de caution, et dès lors, ils devaient s'intéresser à la culture de chaque portion particulière d'une même parcelle imposable. Si, par exemple, une parcelle imposable comprend trois propriétés, et si de ces trois propriétaires, deux abandonnent leur terre, le troisième propriétaire est tenu de payer l'impôt sur toute la parcelle, bien qu'il n'en eut qu'un tiers en propriété. Le premier fondement de l'institution du droit de préemption légale réside dans cette garantie collective des propriétaires d'une parcelle imposable, un propriétaire n'est pas en état de payer l'impôt, celui-ci suivant la garantie collective, est réparti entre les autres, et ces derniers ont droit à la terre qui a occasionné la mise en œuvre de leur responsabilité collective. Cette lourde charge de garantie collective d'impôt de chaque portion de terrain comprise dans une parcelle imposable entraînait, par sa gravité même, des droits qui pouvaient la faire comprendre et justifier. Ainsi sous le règne de Constantin le Grand, au temps de l'établissement de la garantie collective d'impôt, le droit de préemption légale des parents et des voisins a été établi. Vers l'année 391 cette institution fut abolie comme étant contraire à la libre disposition de la propriété immobilière. Mais comme

Pages

(1) *Godisnjica Cupiceve Zaduzbinè IX 1890*, Stoïan NOVAKOVITCH : *Droit de préemption des parents ou des voisins dans le contrat de vente.*

les besoins de l'Etat ne permettaient pas l'abolition de la garantie collective, la conséquence logique de celle-ci, à savoir le droit de préemption légale n'a pas manqué d'être rétabli. L'année 415 les empereurs, Honorie et Théodocie, décrétèrent que la terre dans les villages ne peut être achetée que par leurs habitants rappelant textuellement le lien existant entre le système d'impôt et ladite disposition législative. L'année 468, les empereurs sont plus explicites dans leur décret selon lequel aucun étranger ne peut acheter de terre dans les villages, et que cette dernière ne peut être vendue qu'aux habitants du village qui figurent comme propriétaires dans la parcelle imposable où se trouve inscrite la terre à vendre. Ces décrets sont arrivés là par leur expansion et ont été consignés sans aucun changement en

« Vassiligny », grand recueil des lois. En 1922 fut édictée la nouvelle de l'empereur Romaine sur le droit de préemption légale. Seulement au cours des siècles fut oublié le lien de droit de la préemption légale avec la garantie collective d'impôt et les disettes fiscales. Ce droit de retrait se détachant du système fiscal byzantin passa la frontière des Etats limitrophes de la Péninsule Balkanique où il s'est conservé jusqu'à nos jours sous la forme du droit coutumier.

Voilà comment Stoïan Novakovitch explique l'origine du droit de retrait. Sa thèse est soutenable. Même aujourd'hui il y a un lien entre le droit de préemption et le système d'impôt sur les terres. Il est d'intérêt fiscal que l'assemblage du fonds soit conservé, et à plusieurs reprises, le législateur et le jurisconsulte ont fait remarquer que le maintien du droit de préemption donne satisfaction à l'intérêt fiscal.

181. Mais si le droit de préemption est d'origine byzantine, il n'en est pas moins vrai que c'est grâce à la conception slave de la propriété et de la famille que cette institution s'est con-

servée jusqu'à nos jours. Quant à nous nous affirmons que le droit de retrait est la conséquence logique de l'organisation primitive de la famille et de la propriété des Slaves du Sud. Pour ces dernières, il y a lieu de supposer qu'elles ont été créées sous l'influence est pour ainsi dire sous le poids de la garantie collective d'impôt, dont nous venons de parler. Il est à remarquer que le droit de retrait se trouve partout où on voulait conserver la fortune et la puissance des familles patriarcales, et dès lors il est plutôt l'effet d'une même cause que l'émanation de l'esprit national.

SECTION II. — *Les conditions requises pour l'ouverture du droit de préemption légale*

Les conditions sont au nombre de trois : 1°) *le contrat de vente* ; 2°) *la nature immobilière de l'objet du contrat* ; 3°) *la qualité d'indivisoire ou de successible du bénéficiaire*. Pour qu'il y ait lieu à ouverture du droit de préemption légale, il faut donc que ces trois conditions soient réunies. Ce sont les conditions de fond dont l'absence rend l'action en préemption légale non-recevable et sans objet. Nous les examinerons successivement dans trois paragraphes.

§ I. — *Le contrat de vente.*

182. Celui qui veut vendre une chose immobilière doit l'offrir à ceux qui sont admis à se prévaloir du droit de préemption légale. La vente est mentionnée plusieurs fois par le législateur et il n'y a pas de doute que c'est le seul contrat de vente qui donne ouverture au retrait. Pour l'ouverture du retrait des

modalités du contrat de vente sont indifférentes (1). Il faut décider la même chose si le contrat est susceptible d'annulation relative. Il en est autrement dans le cas où le contrat de vente est annulable de plein droit, par exemple : un paysan a vendu un immeuble qui entre dans le fonds d'okoutchyé : l'action en retrait aurait été sans objet étant donnée la nullité *ab initio* du contrat. Il est aussi indifférent si le contrat de vente était passé par le propriétaire lui-même ou par son représentant légal ou conventionnel. Le retrait est aussi possible contre une vente *déguisée*. C'est à celui qui exerce le retrait à prouver l'existence de l'acte dissimulé.

A. — *Quelques contrats équivalents au contrat de vente.*

183. 1^o) *La vente à rente viagère* est aussi passible du retrait. Il n'est pas douteux que le contrat par lequel on vend un immeuble pour une rente viagère, soit un contrat au moins équivalent à la vente, et même un vrai contrat de vente, la rente viagère qui fait le prix de ce contrat étant un prix qui consiste en argent (2). M. Z. Péritch est du même avis : « le contrat à rente viagère a un caractère aléatoire, mais celui-ci ne lui enlève pas sa nature de contrat de vente et c'est pour cela qu'il donne ouverture au retrait » (3). Mais il ne faut pas passer sous silence un inconvénient pratique qu'entraîne l'admission de cette forme de contrat. Nous verrons plus loin qu'une condition de

(1) La vente sous condition suspensive ne donnerait pas lieu à l'ouverture du retrait, jusqu'à la réalisation de l'événement futur. Il n'en est pas de même s'il s'agit de vente sous condition résolutoire : ce contrat produisant ses effets juridiques sur-le-champ est passible du retrait. Il faut appliquer la même solution au contrat de vente *à réméré* ou *à retro emendo*.

(2) V. POTHIER : *Traité des retraits*, p. 67.

(3) *Le contrat de vente*, *op. cit.*, p. 235.

forme pour l'exercice du droit de préemption consiste en ce que le retrayant doit consigner le prix de vente. Ce prix n'étant pas fixé dans la vente à rente viagère, on est en effet embarrassé pour donner une solution. On ne sait jamais quand le vendeur mourra pour fixer exactement le montant du prix, et la loi y est rigoureusement formelle à tel point que le tribunal refuse l'action en retrait si on ne prouve pas la consignation du prix dans le délai fixé. Il nous semble que l'admission de la vente à rente viagère ne soulève aucune objection au point de vue théorique, mais que pratiquement le retrait devient inexécutable, *à moins qu'on ne suspende la procédure jusqu'à la mort du vendeur, ou à moins qu'on ne constitue hypothèque sur les biens du retrayant pour la garantie du versement total des rentes échues jusqu'à la mort du vendeur*. Ce serait la seule solution possible sur cette question, sinon l'exercice du droit de préemption légale en matière de vente à rente viagère ne pourrait pas être effectué.

184. 2°) *L'échange contre des biens mobiliers*. — La Cour de cassation a statué sur la question de la possibilité de ce contrat de donner ouverture au retrait, et elle s'est prononcée dans le sens négatif, c'est-à-dire contre l'admission de ce contrat. Contre cette solution jurisprudentielle il faut opposer l'argument tiré des considérations de la nature du contrat d'échange contre les biens mobiliers. Pothier met ce contrat dans la catégorie des contrats équivalents à la vente. « L'échange d'un héritage contre les choses mobilières, dit-il, est regardé comme un contrat équipollent à la vente et Dumoulin décide qu'il donne lieu au retrait ; il y en a une raison évidente qui est, que ces choses qui sont d'un commerce journalier étant facilement convertibles en argent ; donner un héritage pour des choses de cette espèce, est presque la même chose que de le donner pour de l'argent, et de le vendre. Sans cela les acheteurs pourraient

éluder la loi du retrait quand bon leur semblerait, rien n'étant plus facile que de donner au lieu d'argent des marchandises au vendeur qui les revendrait, et les convertirait aussitôt en argent (1). Ce serait une solution rationnellement admissible, mais la doctrine et la jurisprudence serbes la rejettent en invoquant le principe de l'interprétation la plus restrictive en matière de droit de retrait, et en excluant, par conséquent, son extension aux contrats équivalents à la vente. Dans cette matière il faut appliquer la loi à la lettre, d'après laquelle seule la vente donne ouverture au retrait.

185. 3^o) *Dation en paiement*. — Le même principe d'interprétation est invoqué pour rendre inadmissible la *Dation en paiement* comme acte passible du retrait. « Nous sommes d'avis, dit M. Z. Péritch, qu'on ne peut pas appliquer à la *datio in solutum* les dispositions du droit de retrait. Ce droit est admissible seulement en matière de vente, et la *datio in solutum* quelle que soit la similitude entre cet acte et le contrat de vente, n'est pas encore ce qui est le contrat de vente... En outre, nous avons déjà dit que le droit de retrait représentant une limitation au droit de propriété révèle une institution juridique exceptionnelle qui exclue l'interprétation par analogie, et c'est pour cela que le droit de préemption légale ne peut pas être étendu à la *datio in solutum* malgré toute la similitude de celui-ci avec le contrat de vente » (2). M. Péritch oppose donc deux arguments contre l'admission de la *datio in solutum* : 1^o) le premier est un *argument de texte* : la *datio in solutum* est un contrat complexe qui participe en même temps de la nature juridique du paiement et du contrat de vente, et l'admettre, ce

(1) POTHIER, *op. cit.*, p. 68.

(2) V. PERITCH, *op. cit.*, p. 223, t. III, *Le contrat de vente*.

serait violer les textes formels d'après lesquels seule la vente est passible du retrait, et 2°) le second est un argument tiré des considérations relatives au principe « *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* ».

186. En ce qui concerne l'incompatibilité de la *datio in solutum* avec le contrat de vente, nous nous rallions à l'opinion de M. Péritch. Mais n'est-il pas préférable de faire prévaloir dans les contrats complexes son caractère prédominant ? Pothier a laissé prédominer la nature du contrat de vente (1), M. Capitant va plus loin en admettant une assimilation complète. « La *datio in solutum* est en général, par ses effets, assimilable tantôt à une *vente*, tantôt à un *échange*. A un échange, quand le débiteur devait un corps certain. A une vente, dans l'hypothèse la plus fréquente, en fait, celle où la dette était une somme d'argent et où le créancier a consenti à recevoir, à la place de cette somme un corps certain quelconque (2).

187. Dans notre droit cette assimilation complète n'était pas admissible pour la raison de l'impopularité de l'institution du droit de retrait dans les milieux bourgeois et urbains. Cette impopularité provient de ce que cette institution n'est pas susceptible de donner n'importe quels avantages, depuis qu'elle a perdu sa raison d'être et que les biens mobiliers ont commencé à représenter les principales fortunes. C'est pour cela que la doctrine et la jurisprudence s'efforçaient de limiter le domaine de l'application de cette institution juridique, et le plus efficace moyen de cette limitation, c'était l'introduction du principe *exceptiones sunt strictissimae interpretationes*. Cependant, comme nous l'avons vu, en matière d'autres restrictions, le principe de l'interprétation la plus extensive domine toute notre juris-

(1) V. *Traité des retraits*, p. 70.

(2) V. A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 511, *Le droit civil*, éd. 1925.

prudence. Il serait plus dans l'esprit de notre droit positif d'admettre que la *datio in solutum* fasse l'objet du droit de retrait. Cette solution serait favorable pour l'institution du droit de retrait et elle écarterait un moyen propre à éluder l'application de ce droit. Mais l'opinion publique est contre un traitement favorable à cette institution ; elle aurait laissé passer sous silence tous les déguisements de la vente.

188. 4^o) *L'échange*. — L'échange qui se rapproche de vente par ses caractères généraux est assimilée d'après le Code civil serbe au contrat de vente, lorsque la valeur de la soulte dépasse ou est égale à celle des biens non pécuniaires — § 643 C. civ. (1). Or, l'échange est passible du retrait dans le cas où la loi le considère comme vente ; autrement elle n'est pas passible du retrait (2). Mais, dit M. Péritch, il faut distinguer deux cas : la chose due par le coéchangiste est *in genere*, et elle est *in specie*. Le retrayant étant obligé de rembourser l'acquéreur, l'exercice du droit est impossible s'il s'agit d'une chose *in specie*. Pourrait-il rembourser en argent ? Non ! puisque ce serait contraire au principe du § 883 C. civ. aux termes duquel « Personne n'est tenu d'accepter une chose autre que celle qui est due ». M. Péritch admet la possibilité d'exercer le retrait, même si la chose est *in specie* pour que l'acheteur ne puisse faire échouer au bénéficiaire son droit à l'aide de simulation de la soulte (3).

(1) V. l'arrêt du 10 juin 1904, N^o 5.549 ainsi conçu : « Le droit du § 670 C. Civ. est applicable exclusivement au contrat de vente, mais non en cas d'échange. (G. NIKETITCH, *op. cit.*, p. 385 par M. Péritch, *Le contrat de vente*, p. 229).

(2) Ce paragraphe correspond au § 1.055 du Code Civil général de l'Empire d'Autriche aux termes duquel : « Quand une chose est aliénée en partie contre de l'argent ou en partie contre une autre chose, le contrat est considéré comme vente ou comme échange, suivant que le prix en argent est plus ou moins élevé que le prix ordinaire de la chose donnée ; si la valeur de la chose est égale au prix, il est considéré comme vente ».

(3) V. p. 231 : *Le contrat de vente*.

189. Quand on invoque cette considération pour justifier une solution, il faut l'invoquer aussi dans un autre cas analogue. Si l'on ne peut pas assimiler la *datio in solutum* à la vente et pour cette raison ne pas l'admettre dans la catégorie des actes sujets au retrait, pourquoi ne l'admettrait-on pas par la considération ci-dessus ? Est-ce que la *datio in solutum* ne peut pas renfermer une vente dissimulée ? Cette forme de dissimulation est préférable à la soulte. Lorsque l'exercice du droit de préemption est admis en cas de soulte *in specie*, pour la même raison il faut admettre la *datio in solutum*. Cette solution s'impose par un raisonnement analogue. Mais tout dépend du point de savoir si la jurisprudence et la doctrine sont ou non enclines à favoriser l'application de cette institution.

Pothier raisonne de la manière suivante : La *dation en paiement* ne donne lieu au retrait que lorsque la chose due, en paiement de laquelle l'immeuble est donné est une forme d'argent ou quelque chose de mobilier. Il en serait autrement si l'héritage était donné en paiement d'un autre héritage que je devais : cet acte tiendrait plutôt de l'échange que de la vente, et ne donnerait pas lieu au retrait (1).

B. — *La vente qui n'est pas passible du retrait.*

190. Tout le contrat de vente ne donne pas lieu au retrait. Le § 676 C. civ. dispose qu'en cas de mise aux enchères publiques le droit de retrait n'aura pas lieu. La cause de la mise aux enchères est indifférente. Ce qui importe c'est que la vente soit faite par voie de licitation. Les bénéficiaires ont-ils le droit d'être spécialement appelés à l'adjudication ? Le § 676 n'en parle pas. Cette question devrait être tranchée d'après le droit commun. Le § 478 du Code de procédure civile dispose que

(1) *Op. cit.*, p. 71.

les indivisaires ont droit d'être appelés spécialement à l'adjudication. Par conséquent, par l'effet de cette disposition, les indivisaires seront appelés, mais ce droit ne relève pas de la qualité de retraynat. Or, si le retrayant n'est pas l'indivisaire mais le successeur du vendeur, il ne sera pas appelé spécialement.

Cette soustraction de la vente faite en enchères publiques entraîne l'acheteur à s'en servir pour éluder l'application du droit de retrait. En déguisant la vente sous la forme d'une dette, l'acheteur procède à la saisie immobilière dont l'exécution conduit à l'enchère publique. C'est par cette voie détournée qu'on peut faire échouer le droit des bénéficiaires.

**

Il résulte de tout ce qui précède que ni la jurisprudence ni la doctrine ne sont enclines à permettre que le droit de préemption légale soit étendu non seulement à d'autres modes d'aliénation, mais encore à des contrats complexes ou équivalents à la vente (1).

§ II. — *La nature immobilière de l'objet du contrat.*

191. Le contrat de vente ne donne pas de lui-même ouverture au retrait ; il faut encore que la chose vendue soit de nature immobilière. Sont donc passibles du droit de retrait les immeubles par nature et leurs accessoires tels que les fruits pendants par branches et par racines et les immeubles par destination. Les fruits, les immeubles par destination sont passibles du retrait lorsqu'ils sont vendus accessoirement au fonds et sont virtuellement compris dans la vente. Si les fruits étaient vendus séparément, on ne pourrait pas exercer sur eux le droit de

(1) La question qui se pose est de savoir si les particuliers peuvent

préemption. De même les immeubles par destination échappent à l'exercice du droit de préemption s'ils ont été vendus auparavant séparément.

192. La question la plus délicate qui se pose ici est de savoir s'il y a lieu au retrait lorsque la vente a pour objet une universalité de biens ou une quote-part de cette universalité ? Cette question n'est discutée ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine. Aux termes de la loi il y a lieu au retrait « en cas de vente des biens immobiliers ». La loi vise, semble-t-il, exclusivement les biens déterminés. Il y a encore un argument tiré du texte du § 673 C. civ. qui fixe le moment à partir duquel commence à courir le délai de 30 jours pour l'exercice du droit de préemption. Il est admis dans la jurisprudence et dans la doctrine qu'il faut faire courir ce délai du jour de l'inscription du contrat de vente dans les livres fonciers, c'est-à-dire du jour de la transmission de la propriété. D'après les règles relatives à cette inscription, le *tradens* doit remettre au tribunal une description complète et exacte de l'immeuble. C'est le principe de spécialité adopté presque dans tous les régimes des livres fonciers. L'acte translatif de propriété qui sert de point de départ à la prescription de l'action en retrait suppose un immeuble déterminé. Il faut aussi se rappeler que le voisin a eu jadis le droit de retrait. Eh ! bien ! comment aurait-on pu savoir quel était le voisin si le bien n'avait pas été déterminé ! Or, la vente d'hérédité ou la cession de la quote-part d'une universalité juridique (1) ne donne pas lieu au retrait. Les cohéritiers ou les indivisaires avant le partage ne peuvent pas intenter l'action en retrait ; ils n'ont pas non plus le droit d'invoquer le retrait successoral (2) Une fois le partage fait, la question se pose de savoir

(1) Il est bien entendu qu'une quote-part dans un immeuble déterminé est supposée par l'exercice du droit de retrait, c'est un élément essentiel de la notion de copropriété.

(2) Le retrait successoral n'est pas connu dans le droit positif serbe.

si l'indivisaire ne doit pas subir la déchéance de son droit ayant cessé d'être l'indivisaire au moment où il fait la demande en retrait ? Il y a deux solutions. D'après l'une il faudrait considérer que le droit de retrait était acquis encore durant l'indivision et qu'après le partage (1) les indivisaires ne font qu'exercer un droit déjà acquis mais dont l'exercice était seulement suspendu (2). D'après l'autre solution les indivisaires, pour conserver leur droit de retrait qu'ils tiennent de leur qualité d'indivisaires, devraient citer le vendeur en justice. Bien entendu cette question ne se pose pas lorsque les bénéficiaires cumulent la qualité d'indivisaires et la qualité de susceptibles. Il va sans dire qu'il n'y aura pas lieu au retrait si, le partage fini, il ne se trouve pas d'immeubles dans le lot du vendeur ou de son ayant-cause.

§ III. — *La qualité d'indivisaire ou d'héritier présomptif du bénéficiaire*

Il y a deux catégories de personnes qui jouissent du droit de retrait. Cette jouissance est attachée à *la qualité de successible* ou à *la qualité d'indivisaire* (3). L'ayant-droit est donc ou l'indivisaire ou le successible du vendeur aux termes du § 670 c. civ. « telles personnes sont les copropriétaires ou les indivisaires, les parents au degré qui leur aurait ouvert le droit de succession sur les biens vendus ».

(1) Le partage n'a pas l'effet déclaratif dans le droit positif serbe.

(2) La Cour de Cassation statue que dans ce cas, il faut se placer au moment de la conclusion du contrat pour déterminer si le retrayant a été l'indivisaire du vendeur.

(3) Dans l'ancien droit français, c'est à la famille en général que la coutume accordait le retrait lignager et non à une personne déterminée de la famille, tandis que le droit serbe procède à une détermination précise des personnes admises au retrait.

A. — *Les indivisaires*

193. Ce sont des personnes qui ont le droit de propriété sur une quote-part dans la masse des biens d'où est sorti l'immeuble ou dans l'immeuble aliéné (1). Le trait caractéristique de l'indivision, c'est quelle suppose une masse de biens qui ne sont pas matériellement déterminés et un groupe de personnes dont chacune prétend à une quote-part de cette masse. La quote-part existe même là où il n'y a qu'un seul immeuble, mais deux ou plusieurs copropriétaires de cet immeuble. En tous cas, l'ouverture du droit de retrait suppose l'existence d'une quote-part. Or, pour que le retrayant réussisse il faut qu'il ait été ou l'indivisaire (l'immeuble est sorti de la masse indivise) — ou le copropriétaire (l'immeuble aliéné est en copropriété) du vendeur au moment de la conclusion du contrat (2).

La cause de l'indivision est indifférente. Le retrait aura lieu malgré les événements dont l'indivision était la suite, à savoir : l'ouverture de la succession, le contrat de la zadrouga, le contrat de société.

194. *Quid* si un zadrougar n'est pas copropriétaire, c'est-à-dire s'il n'a pas une quote-part dans la masse de la zadrouga ? (3). Il n'y a pas de doute que ce membre de la zadrouga ne sera pas admis au retrait. Pratiquement cette question n'a pas

(1) Bien entendu, si la masse ne contient pas d'immeubles, le retrait n'aura jamais lieu. Il en serait de même, si les immeubles avaient été vendus aux enchères publiques.

(2) M. Péritch interprète les mots « indivisaires » et « copropriétaires » dans le sens de deux synonymes et d'après lui, le législateur a pensé seulement à la propriété sur les biens immobiliers, et dès lors. Il n'admet que la quote-part dans un immeuble déterminé. (V. PÉRITCH : *Contrat de vente*, t. III, p. 174). V. *supra*, p.

En ce sens l'arrêt du 28 mai 1926, N° 4.633, ch. II. V. P.J. 1926, p. 456. Cet arrêt déclare qu'il n'y a pas lieu au retrait à titre d'indivision, lorsque l'objet — le bâtiment en espèce — est partagé.

(3) « Zadrouga » ne suppose pas nécessairement une quote-part, elle peut présenter seulement la communauté de travail et de vie.

une grande importance, puisque normalement les « zadrougars » sont en rapport de parenté, et en cette qualité ils ne manqueront pas de reprendre le marché ; ils sont aussi le plus fréquemment des copropriétaires. A l'origine la notion de collectivité patrimoniale était identique à la notion de zadrouga, et on peut bien supposer qu'en ce temps-là le zadrougar n'était dans aucun cas exclu du retrait.

195. En ce qui concerne la société par intérêts ou par actions la question se pose si l'associé a la qualité de copropriétaire, et dès lors, s'il peut poursuivre la société lorsque celle-ci aliène l'immeuble qu'il lui a apporté ? D'après le principe généralement adopté, ces sociétés sont pourvues de la personnalité juridique, et par conséquent, les actionnaires n'ont pas la quote-part dans le patrimoine social. La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens. Voici l'espèce : un actionnaire assigne sa société pour avoir vendu un immeuble dont son feu-père avait fait l'apport à la société. Il a demandé l'adjudication du droit de préemption légale à titre d'héritier présomptif de son père et à titre de copropriétaire de la société. Le tribunal de Tschatschak l'a débouté de sa demande pour les raisons suivantes : les actionnaires ne sont pas assimilés aux indivisaires, ils ne peuvent disposer en aucune façon du patrimoine social sur lequel ils n'ont aucun droit réel et aucune quote-part ; ce qui est à leur libre disposition ce sont les dividendes distribués. Ce jugement fut confirmé par la Cour d'appel. La Cour de cassation rejeta le pourvoi (1).

B. — *Les héritiers présomptifs du vendeur*

196. Pour que le retrait ait lieu, il importe que le retrayant

(1) L'arrêt du 16 février 1925, N° 1.071, ch. III. V. S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1925, p. 302.

ait succédé au vendeur au moment de la conclusion du contrat de vente. C'est le sens du texte et de l'esprit du § 670. C. civ. Le retrayant doit être l'héritier présomptif du vendeur, et ce n'est qu'en cette qualité *d'héritier présomptif* qu'il peut faire avec succès la demande en retrait. Que faut-il entendre sous cette proposition : *l'héritier présomptif qui aurait succédé au vendeur au moment de la conclusion du contrat de vente* ? C'est une question très discutée dans la jurisprudence et la doctrine. Sur ce point plusieurs revirements se sont produits dans la jurisprudence.

197. La jurisprudence a opposé à l'héritier présomptif « *l'héritier de fait* ». Aux termes des arrêts jusqu'à l'ouverture de la succession il n'y a que des héritiers présomptifs mais après l'évènement qui ouvre la succession, il n'y a que des héritiers de fait. L'héritier de fait est donc la personne à laquelle appartient la qualité d'héritier du défunt c'est-à-dire la qualité qu'elle a au moment de l'ouverture de la succession. L'héritier présomptif est la personne qui a la qualité d'héritier du vivant de son parent. Dans la jurisprudence la question se pose sous cette forme : *est-ce que c'est l'héritier de fait ou l'héritier présomptif qui est admis au retrait. En d'autres termes, après le décès du vendeur, ses héritiers sont-ils admis au retrait, en supposant qu'ils n'aient pas fait avant la demande en retrait.*

Sur cette question la Cour de cassation s'est prononcée une fois dans l'arrêt du 16 Décembre 1925, toutes chambres réunies, et une autre fois dans l'arrêt du 10 Avril 1926. II^e Ch. (1).

198. Dans l'arrêt du 16-XII-1925 la Cour suprême déclare que le droit de préemption ne s'éteint pas même lorsque l'hé-

(1) V. *Pratique judiciaire* 1925, p. 299 ; 1926, p. 456.

ritier présumptif devient l'héritier de fait. « Ce privilège légal, dit l'arrêt, ce droit de préemption diffère dans son fondement et dans sa nature du droit de succession de l'héritier présumptif sur le patrimoine du vendeur ; quoique cumulés en la personne du même titulaire, ces deux droits ne s'excluent pas, l'héritier présumptif succède à tous les droits et obligations du décédé, mais il n'est pas privé de son droit de préemption à lui dont l'existence est indépendante du fait que l'héritier présumptif est devenu l'héritier de fait ; enfin, le but du droit de préemption légale n'est-il pas justement d'empêcher que l'immeuble reste entre les mains du tiers et de le faire mettre en possession du copropriétaire — zadrougar du vendeur.

Quant à l'objection que le décès du vendeur entraîne la déchéance du droit de retrait en vertu du principe du § 394C. civ. d'après lequel l'héritier est tenu de toutes les obligations du défunt, même des obligations provenant du contrat de vente passible du retrait, la Cour Suprême ne peut pas se rallier sur ce point à l'opinion de la Cour d'appel, puisque « c'est justement contre cette obligation du vendeur décédé que le droit de préemption est établi »... « Interpréter autrement la loi, ce serait aller contre le but que le législateur s'est proposé d'atteindre en légitimant ce droit de préemption légale qui tend à rendre le bien vendu au parent au degré le plus proche — en cette espèce, à l'héritier ».

Cet arrêt s'inspire de l'idée d'interprétation extensive. La Cour de cassation ne manqua pas d'invoquer même le principe objectiviste de la propriété serbe dont les restrictions se fondent sur des considérations économiques et sociales (1). Cet arrêt est un des arrêts en cette matière qui est le plus en harmonie avec la conception serbe de la propriété.

(1) Voir 1^{re} Partie, Chap. II, § 3-II.

199. Mais quatre mois après se produisit un revirement dans la jurisprudence. La seconde Chambre de la Cour de cassation déclare dans *l'arrêt du 10 Avril 1926* que *c'est seulement l'héritier présomptif qui peut être admis au retrait ; que l'héritier de fait doit en être exclu*. Elle invoque les mêmes raisons que la Cour d'appel a invoquées dans l'espèce ci-dessus. Cet arrêt ne fut pas rendu à l'unanimité. La minorité persista dans les considérations de l'arrêt du 16-XII-1925 en renforçant même l'argumentation. « En accordant le droit de retrait à l'héritier présomptif en vue de conserver les biens dans la famille, il faut l'accorder à plus forte raison à l'héritier de fait, pour les conserver dans la famille lors du décès du vendeur ».

200. Reste encore une question également très discutée dans la jurisprudence et la doctrine. Il s'agit de savoir si l'enfant mineur est admis au retrait contre ses parents ? La jurisprudence s'est prononcée contre l'admission, puisque l'exercice du droit de retrait serait en collision avec l'exercice des droits et l'accomplissement des devoirs paternels. Par cette admission, par exemple, le père serait obligé de notifier la vente à ses enfants, et de leur instituer un curateur (1).

M. Péritch ne s'est pas rangé à l'opinion de la jurisprudence. Il est d'une opinion contraire à l'appui de laquelle il invoque des arguments tirés de la loi et du fondement de l'institution. Quoique le vendeur ne puisse pas exercer de son chef le droit de retrait, il put l'exercer en qualité d'administrateur légal des biens de ses enfants mineurs, ou bien en qualité de tuteur. Car dans ce cas, ce n'est pas lui à proprement parler qui exerce le retrait ; ce sont les enfants auxquels il ne se fait que prêter son concours. Qu'y a-t-il de contradictoire avec le droit paternel ? N'est-ce pas en harmonie avec le devoir paternel ?

(1) V. *l'arrêt du 7 novembre 1874* ; *l'arrêt du 17 mai 1885*.

N'est-ce pas l'accomplissement d'une obligation dont le père est tenu comme administrateur légal de ses enfants ? L'incompatibilité du droit paternel avec l'exercice du droit de préemption de la part des enfants mineurs n'existe pas. Il faudrait seulement leur instituer un curateur.

Si on enlève aux enfants mineurs le droit de préemption on risque dans la plupart des cas, de faire manquer à l'institution la réalisation de son but. Supposons que l'ouverture de la succession survienne avant la majorité des enfants. Dans ce cas les enfants étant devenus les héritiers de fait, leur droit de retrait serait tombé en déchéance. L'exercice du droit de retrait doit être indépendant de toutes les autres obligations et même doit aller quelquefois à leur encontre. Cela résulte de la nature de ce droit. (I)

201. Quant à l'enfant adopté, d'après les §§ 137, 138 C. civ. il est assimilé à l'enfant légitime, et comme tel il est admis au retrait.

202. Il y a encore une hypothèse très intéressante, à savoir : on peut faire une demande en retrait sous le nom d'un parent qui n'est pas encore né, mais seulement conçu, en créant à cet effet un curateur au ventre. Cette hypothèse se trouve contenue dans *l'arrêt du 8 Octobre 1927*, Cour de cassation II^e Ch. (2) Bien entendu, cette demande n'aura d'effet qu'autant que cet enfant au nom de qui on a fait la demande, naîtra vivant et à terme. Dans l'espèce de cet arrêt la sœur a fait la demande en retrait contre son frère, le vendeur. Elle fut déboutée de sa demande puisque son frère avait au moment de la conclusion du contrat un enfant conçu qui, dès lors, était à ce moment le seul héritier présomptif du vendeur.

(1) Voir 1^{re} Part. Chap. II, § 2-IV.

(2) S. KOVATSCHEVITCH : P.J. 1927, 367.

SECTION III. — *Les conditions requises pour l'exercice du droit de préemption légale*

203. Une fois le droit de retrait ouvert, l'ayant-droit n'a qu'à mettre en marche la procédure. Il doit faire *la demande en retrait* et consigner le prix de vente. Pour l'action la loi a prévu un délai de 30 jours après lequel son droit est *prescrit* : ce délai passé l'action ne saurait en aucune façon être intentée. La question la plus délicate et controversée en cette matière, c'est de déterminer le jour à partir duquel commence à courir le délai de 30 jours. La consignation est aussi une condition absolue et exclusive. Si ces deux conditions ne sont pas réunies l'exercice du droit de retrait est impossible.

§ I. — *La citation de l'action en justice dans le délai de 30 jours*

204. Le principe est qu'il faut faire courir le délai de 30 jours de *préemption légale* du jour où le bénéficiaire a eu connaissance du contrat de vente ou en général, de l'acte susceptible de donner lieu au retrait.

Cette connaissance de l'acte peut être 1°) *présumée d'une façon absolue c'est-à-dire juris et de jure* et 2°) *prouvée suivant les règles du droit commun*.

A. — *La présomption absolue de la connaissance de l'acte passible du retrait.*

Il y a deux hypothèses de cette présomption :

- 1°) la déclaration solennelle et translatrice de propriété,
- 2°) la notification de la vente aux bénéficiaire.

205. *Première hypothèse : l'acte translatif de propriété a eu lieu.* Dans ce cas le jour où cet acte a eu lieu sera le point de départ du délai de 30 jours. Les dispositions du § 673 sont explicites en ce qui concerne le délai ; mais elles ne le sont pas en ce qui concerne le moment à partir duquel le délai commence à courir. C'est une lacune de la loi qui a rendu possible les multiples abus du droit de retrait. Aux termes du § 673 C. civ. le délai commence à courir « du moment où le contrat de vente est approuvé et publié par le tribunal ». M. Z. Péritch interprète cette disposition dans ce sens que le législateur aurait dû avoir en vue *le moment où les parties se sont déclarées devant le tribunal*. C'est une interprétation extensive et très admissible quant aux conséquences pratiques qu'elle peut avoir. Cette interprétation a cet avantage qu'elle tiendra moins longtemps l'acheteur dans l'incertitude et qu'elle est de nature à diminuer le pourcentage des procès inutiles.

206. 207. Reste encore deux moments (1) auxquels le législateur eût pu penser : le moment de l'approbation de l'acte translatif de propriété et le moment de la délivrance du *tapia*. D'après le texte du § 673 C. civ. on croirait que le législateur voulait faire courir le délai du moment de l'approbation. C'est dans ce sens qu'il faudrait interpréter les termes « du moment où le contrat de vente est approuvé par le tribunal ». La jurisprudence a eu plusieurs revirements. L'arrêt du 9 Août 1874 N° 1592 déclare qu'il faut se placer au moment de la délivrance du *tapia*. Cette interprétation est avantageuse pour les bénéficiaires puisqu'elle leur donne plus de temps pour faire

(1) Dans la procédure de la transmission de la propriété il y a trois moments décisifs : 1° le moment où les parties ont comparu devant le tribunal pour faire leurs déclarations ; 2° le moment où le tribunal a approuvé, homologué cette transmission ; 3° le moment de la délivrance du *tapia*.

(2) V. 2^e Part., Chap. I, Sect. 3, § 3.

la demande en retrait, mais elle tient plus longtemps l'acheteur dans l'incertitude. Dans les arrêts plus récents, la Cour de cassation considère que c'est au moment de la comparution et de la déclaration des parties qu'il faut se placer pour déterminer le moment où la propriété est transmise (1). Pour nous l'acte translatif de propriété est décisif en ce qui concerne la présomption inflexible de la connaissance de l'acte passible du retrait et même la publicité de cet acte. *L'acte translatif de propriété emporte la présomption.* Du moment où les parties, *tradens* et *accipiens*, ont comparu devant le tribunal, le contrat de vente est présumé être notifié à tous les ayants-droit ou être connu d'eux. Le fait connu, c'est la transmission de la propriété transcrite aux livres fonciers. Cet acte est public, et de cette publicité il est logique de tirer cette conséquence que tous ceux qui y sont intéressés auraient dû en avoir connaissance. La loi dit que le délai commence à courir « du moment où le contrat de vente est approuvé et publié ». Quand aura-t-il la publicité ? du moment de son inscription aux livres fonciers. A ce moment il n'a pas seulement reçu la publicité, mais encore, suivant le principe du régime des livres fonciers, ce contrat est alors réputé être connu des tiers. C'est une présomption irréfragable.

208. Il résulte de là que l'acte translatif de propriété ne fait pas courir le délai de lui même, mais en tant qu'il importe présomption de la connaissance de la vente. La conséquence logique de ce raisonnement, c'est que le délai peut commencer à courir à une date antérieure à celle des déclarations sur la transmission de la propriété. Ce qui importe en cette matière, c'est de prouver la connaissance de l'acte passible du retrait.

(1) En ce sens l'arrêt du 30 décembre 1906, N° 12.829 ; les arrêts du 14 novembre 1887, N° 3.974 et du 12 janvier 1887, N° 7.562 ; V. G. NIKE. TITCH.

La présomption est attachée à l'acte translatif de propriété, et c'est elle qui prouve que les intéressés, les bénéficiaires ont pris connaissance de la vente. Mais *quid* si l'on peut fournir des preuves qu'ils en avaient pris connaissance auparavant ? Dans ce cas il n'y a qu'à appliquer la règle générale d'après laquelle le délai commence à courir du jour où les bénéficiaires ont eu connaissance de l'acte passible du retrait. Voici l'hypothèse : le contrat de vente était passé le 1^{er} Janvier en présence du bénéficiaire ; quant à l'acte translatif de propriété, il a eu lieu le 1^{er} Février. Le bénéficiaire intente l'action en retrait le 1^{er} Mars. Dans ce cas le délai est écoulé, puisque du jour où le bénéficiaire a eu connaissance de l'acte, le 1^{er} Janvier, jusqu'au jour de la citation en justice, trois mois se sont écoulés (1).

209. Cette présomption de droit n'interdit donc pas aux parties intéressées de fournir des preuves sur une date antérieure. Mais peut-on faire la preuve contraire relative à une date postérieure ? Evidemment non. La présomption est établie justement pour mettre fin à un état d'incertitude dans lequel aurait pu se trouver l'acheteur, si la loi n'avait pas prévu un jour où la connaissance du contrat de vente serait présumée même malgré la preuve du contraire. L'idée fondamentale de cette présomption est que l'acheteur doit rester dans l'incertitude le moins longtemps possible. Ce minimum de temps commence à courir par l'effet de la présomption du jour où l'acte translatif de propriété a eu lieu. Cette présomption n'admet aucune preuve contraire qui pourrait atteindre ce *minimum de temps*

(1) D'après M. Péritch, dans ce cas, il n'y aura la déchéance que si la notification n'a pas eu lieu. Nous expliquerons un peu plus loin pourquoi nous admettons d'autres preuves de la connaissance de l'acte passible du retrait.

légal ; mais si la preuve contraire doit avoir pour résultat de rendre moins durable l'incertitude de l'acheteur, il n'y a plus de raison de ne pas admettre cette preuve. Voilà pourquoi la présomption n'exclue pas des preuves contraires sur une date antérieure à celle qui est présumée. Cette présomption n'a la force probante absolue que contre les dates postérieures à la date où la transmission de la propriété a eu lieu. *C'est la seule hypothèse dans laquelle la preuve qui résulte de la présomption légale ne peut être détruite par la preuve contraire.*

210. *Deuxième hypothèse.* — *La notification de la vente a eu lieu* — D'après le droit de préemption légale chaque propriétaire doit notifier la vente de son immeuble à ses indivisaires ou à ses héritiers présomptifs. Cette notification faite, le jour de la connaissance de l'acte passible du retrait est fixé et certain. Cette notification est un acte qui doit emporter comme l'acte translatif de propriété la présomption irréfragable que les bénéficiaires ont pris connaissance de la vente. A la différence de la présomption que comporte l'acte translatif de propriété la présomption de la notification ne produit pas ses effets contre tous, mais seulement contre celui à qui la vente a été notifié.

211. *Une seule notification est susceptible d'emporter la présomption : c'est celle qui provient du vendeur.* Il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite personnellement par le vendeur. Elle peut être aussi faite par l'intermédiaire d'un tiers en qualité de mandataire du vendeur ou de simple messenger. Or, toutes les notifications faites par l'acheteur ou par les autres personnes non qualifiées ne sont pas susceptibles d'emporter la présomption légale de la connaissance de l'acte passible du retrait. La notification est même viciée, lorsqu'elle est faite par un

magistrat qui n'en était pas chargé par le vendeur. En tout cas la notification doit donc être faite ou par le vendeur personnellement ou par l'intermédiaire de ses représentants conventionnels ou légaux.

212. *Quant à la forme de la notification le législateur n'en parle pas.* Il faut donc décider que la forme dans laquelle cette notification doit être faite est indifférente(1). C'est ainsi que le vendeur peut notifier la vente au bénéficiaire par lettre, par téléphone ou par télégramme. Bien entendu, le vendeur devrait tenir compte de ce qu'un jour il sera obligé de prouver la notification. Il est donc toujours préférable que cette notification soit revêtu de la forme authentique. Dans la pratique cette forme est la plus fréquente.

213. En ce qui concerne *la question de la preuve de la notification*, il faut appliquer les règles du droit commun (1). Or, si la valeur de l'immeuble vendu dépasse 200 dinars (2), les preuves testimoniales ne sont pas admises § 242 du Code de proc. civ. Mais le fondement de l'application de ce paragraphe à la notification pourrait être contesté. Ce paragraphe vise seulement les obligations qui ont pour cause le contrat. La notification est une question de fait et c'est un fait indépendant de la preuve des contrats de vente. Il s'agit ici de faire connaître au bénéficiaire la conclusion du contrat et de lui rappeler par l'acte de notification son droit de retrait. Il s'agit donc de prouver le fait de la notification, et non un **contrat** ou une obligation, et dès lors, il faut admettre dans ce cas la preuve testimoniale ; cela d'autant plus que tous les arrêts en général s'accordent à admettre unanimement l'admission des témoins

(1) En ce sens, M. PÉRITCH : *Le contrat de vente*, t. III, p. 257.

(2) 500 dinars, lors du nouveau règlement.

lorsqu'il s'agit de prouver « *une situation de fait* ». Dans ce sens il y a un arrêt du 14 Août 1896 (3) qui déclare que l'offre de la vente aux personnes admises au retrait peut être aussi prouvée par témoins.

214. 215. Reste encore à prévoir deux cas particuliers quant à la notification de la vente : 1°) *le cas où le bénéficiaire est absent* ; 2°) *le cas où on ne saurait qui est le bénéficiaire*.

Au point de vue juridique, l'absence est l'état d'une personne qui a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence et dont on n'a plus de nouvelles, sans qu'on puisse dire d'une façon certaine si elle est vivante ou morte. De sorte que le trait caractéristique de l'absence est l'incertitude sur l'existence d'une personne. Comment fera-t-on la notification au bénéficiaire en état d'absence ? Deux solutions sont à proposer : ou bien il faut appliquer le paragraphe 364 du Code de proc. civ. aux termes duquel les sommations aux personnes absentes doivent être faites par voie de publication dans le *Journal officiel* trois fois successivement ; — ou bien on appliquera par analogie le § 478 du Code de proc. civ. ; c'est-à-dire qu'il serait préférable d'instituer un curateur et de lui faire la notification en l'appelant à faire la demande en retrait au nom de l'absent dans un délai déterminé. M. Péritch se prononce pour la seconde solution qui est, selon lui, plus susceptible de faire reculer le moment à partir duquel commence à courir le délai. La première solution ne devrait pas être admise pour la raison suivante : son admission aurait contrarié le *caractère individuel* de la présomption qu'emporte la notification. Cette présomption nous l'avons vu, ne produit ses effets que contre celui à qui la notification est faite. Est-ce qu'il y aura lieu alors de croire à

(3) GOIKO NIKETITCH : *Procédure civile*, p. 209.

l'exactitude de cette présomption si elle ne résulte pas d'une notification individuelle.

Dans le second cas où on ne sait pas qui est le bénéficiaire, il n'y a qu'à faire jouer le plus tôt possible le principe de la présomption générale et irréfragable qu'emporte l'acte translatif de propriété. Pour faire courir le délai de 30 jours le vendeur et l'acheteur auraient à procéder à la transmission de la propriété accompli, il sera certain qu'après trente jours il n'y aura plus lieu au retrait même si le bénéficiaire se faisait connaître.

B. — *Preuve de la connaissance de l'acte passible
du retrait en dehors de l'hypothèse de la
présomption légale*

216. A défaut de l'acte translatif de propriété et de la notification, il faut appliquer les principes du droit commun en ce qui concerne la preuve de la connaissance de l'acte passible du retrait. Nous soutenons la thèse d'après laquelle l'acte translatif de propriété et la notification ne sont pas deux modes exclusifs au moyen desquels les bénéficiaires peuvent être avertis du contrat de vente (1). Si ces deux actes font courir nécessairement le délai de 30 jours, c'est pour qu'ils soient seuls susceptibles de faire présumer d'une manière absolue la connaissance du contrat de vente. Il s'agit donc ici seulement d'un mode de preuve qui est *la présomption légale*. Dans le cas où cette pré-

(1) M. PÉRITCH soutient une thèse opposée. D'après lui, le législateur n'a prévu que deux modes au moyen desquels on peut faire connaître la vente aux bénéficiaires, à savoir : *la notification et l'acte translatif de propriété*. Un troisième mode n'existe pas. Lorsque le législateur réglemente lui-même de quelle façon un particulier sera averti soit d'un acte de procédure, soit d'un autre acte juridique, les dispositions relatives à cette matière sont de caractère *exceptionnel*, et comme telles, elles ne peuvent pas être interprétées extensivement ou par analogie. (V. Contrat de vente, t. III, p. 253).

somption ne peut pas être mise en jeu, les parties intéressées peuvent invoquer d'autres principes du droit commun en vue de prouver le fait de la connaissance du contrat de vente, et, bien entendu, le délai commence à courir du jour où le bénéficiaire a eu cette connaissance. Si le bénéficiaire a assisté à la conclusion du contrat, il est évident qu'il en a eu connaissance au jour de sa conclusion, et que ce jour sera le point de départ de la prescription. Il y a un arrêt dans ce sens. La Cour de cassation admet l'aveu du bénéficiaire comme preuve de la connaissance du contrat avant la publication de l'acte translatif de propriété (1). Dans une autre espèce la Cour a cassé le jugement du tribunal considérant que celui-ci a eu tort de n'avoir pas pris en considération les dépositions des témoins se rapportant au fait de la connaissance antérieure de l'acte passible du retrait — *arrêt du 2 Avril 1926, II^e Ch.* (2). Enfin sur la question qui nous intéresse, la séance plénière de toutes les chambres réunies a statué le 5 septembre 1925, en se prononçant pour l'admission de tous les moyens de preuve destinés à prouver la connaissance du contrat de vente. Cette séance a adopté les considérations de la Cour d'appel dont voici quelques-unes : « Ce qui est essentiel, c'est d'avoir connaissance du contrat de vente ; il est indifférent de quelle façon on y est arrivé... Le législateur n'a pas eu l'intention d'attribuer exclusivement à la notification la force probante quant à la connaissance de l'acte passible du retrait, le bénéficiaire pouvant en être averti d'une autre manière, et non seulement par le vendeur mais aussi par un tiers, quelquefois même avant que l'acte translatif de propriété ait eu lieu ».

(1) V. S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1925, p. 315.

(2) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1926, p. 460.

Les faits à prouver doivent être de nature à en pouvoir induire que le bénéficiaire devait avoir connaissance du contrat de vente. Dans les espèces tranchées par la jurisprudence figurent les faits suivants : *la présence du bénéficiaire à la conclusion du contrat ; l'avertissement du bénéficiaire par l'intermédiaire d'un tiers*. C'est au juge du fonds à apprécier si un fait implique la connaissance du contrat de vente. En tout cas, cette connaissance s'établit par une voie inductive et indirecte.

§ II. — *La consignation du prix de vente*

217.1°) *Le mode d'acquittement du retrayant*. Aux termes du § 678 il faut « consigner » le prix de vente. Le retrayant est tenu de l'obligation *de consigner le prix*. La consignation est, semble-t-il le seul mode d'acquittement de l'obligation du retrayant. Le retrayant ne pourrait donc pas payer directement le vendeur ou l'acheteur pour être déchargé de son obligation au sens strict du § 674 C. civ. Dans cette matière, nous l'avons vu, l'interprétation extensive n'est pas admise. Cette solution est encore justifiable par cette considération que si le retrayant pouvait s'acquitter en payant directement l'acheteur, on risquerait de se trouver fréquemment en présence d'une quittance antidatée. La quittance est, par exemple, datée du 1^{er} Mai, mais le paiement est effectué le 1^{er} Juin. Si le législateur a prescrit la consignation comme le seul mode d'acquittement c'est peut-être pour prévenir justement cette supposition de date, étant donné le caractère absolu du délai de 30 jours pour le paiement du prix de vente.

M. Péritch soutient que la façon dont le retrayant s'acquittera de son obligation est indifférente. Ce qui est important c'est qu'il s'acquitte dans le délai prescrit, est-ce qu'il payera

l'acheteur ou fera-t-il la consignation, sur ce point le législateur n'aurait pas dû être impératif (1).

Quand à la jurisprudence, nous n'avons pas pu trouver un seul arrêt relatif à cette question. Dans la pratique, il semble que cette question ne s'est jamais posée. Que le retrayant soit obligé de consigner le prix, cela n'est pas douteux. Il est de l'intérêt du retrayant et de l'acheteur que le prix soit consigné. Une fois la consignation faite l'acheteur ne courra plus le risque de subir l'insolvabilité du retrayant. Quant au retrayant il est préférable pour lui de consigner le prix, puisque cette consignation lui procure deux avantages : l'authenticité de date et la certitude de l'acquittement définitif de ses obligations. Les avantages de la consignation obligatoire sont surtout remarquables dans le cas où le *prix est encore dû*. En l'absence du caractère obligatoire de la consignation on pourrait arriver à ce résultat que le retrayant paye l'acquéreur c'est-à-dire l'acheteur, et que celui-ci retienne l'argent et ne paye pas le vendeur. Dans cette hypothèse le retrayant court le risque de payer une seconde fois le vendeur et de subir l'insolvabilité de l'acquéreur.

218. 2° *Quel est le prix qu'il faut consigner ?* C'est celui qui est porté au contrat. Il faut admettre que l'acheteur fournisse des preuves, s'il atteste qu'en fraude du droit de préemption on a déclaré un prix plus élevé que celui qui a été convenu. Le retrayant est donc tenu de consigner seulement le *prix réel*. L'acheteur devrait être remboursé du supplément de prix qu'il a payé lorsqu'il semble qu'il l'a payé pour empêcher cette action ou quelque autre action rescisoire ou de réméré ou quelque autre que le vendeur avait le droit d'intenter contre lui.

(1) *Le contrat de vente*, t. III, p. 280.

Si la valeur de l'immeuble est diminuée sans la faute ni le fait de l'acheteur, le bénéficiaire qui retire ce qui en reste est-il obligé de rendre tout le prix du marché ? Il faut se prononcer pour l'affirmative, si le bénéficiaire considère que ce n'est pas juste, alors qu'il n'exerce pas son droit. Mais la solution contraire serait en effet une injustice, puisqu'elle contraindrait l'acheteur à subir la réduction du prix.

Il en est de même *vice versa*, c'est-à-dire si les biens ont augmenté depuis le contrat de vente et avant la demande en retrait, par exemple, par des alluvions, le bénéficiaire doit profiter de ce bénéfice, et cette augmentation de l'héritage ne doit produire aucune augmentation du prix du marché qu'il doit rendre ; car le bénéficiaire en prenant le marché pour son propre compte doit en avoir tous les bénéfices, de même qu'il en supporte tous les risques.

219. 3°) *Le prix inexigible et les termes pour son paiement.*
Si le prix n'est pas encore exigible, soit pour le total, soit pour partie lors du retrait, cette inexigibilité n'a pas d'influence sur l'obligation de la consignation dans le délai prescrit. Voilà encore un avantage qui résulte du caractère obligatoire de la consignation. La consignation doit être faite dans le délai prescrit malgré que le prix ne soit pas encore payé ou s'il n'est pas encore exigible. En consignnant le prix, le retrayant peut être sûr qu'en aucun cas il ne sera responsable ni envers l'acheteur ni envers le vendeur. En tout cas le tribunal gardera le prix en consignation jusqu'à ce que tous les différends soient réglés.

Les termes accordés par le contrat pour le paiement du prix n'ont pas pour effet de suspendre l'échéance du délai pour la consignation. Ce délai court indépendamment des modalités du contrat conclu entre le vendeur et l'acheteur. Puisque le retrayant ne peut pas rembourser directement l'acheteur, il ne

peut pas non plus jouir des termes accordés par le contrat, alors même qu'il aurait offert bonne et suffisante caution à l'acheteur de payer aussitôt l'échéance du terme. Si l'on admettait même la jouissance des termes par le retrayant, celui-ci aurait risqué de tomber en forclusion par suite de l'échéance du délai pour la consignation, cette dernière étant obligatoire et constituant une condition *signe qua non* pour l'exercice du droit de préemption légale.

220. 4°) *Des charges imposées à l'acheteur par le contrat de vente.* Les charges appréciables à prix d'argent qui sont imposées à l'acheteur par le contrat de vente font partie du prix ; c'est pourquoi lorsqu'elles ont été acquittées par l'acheteur sur qui le retrait est exercé, le retrayant doit rembourser l'acheteur de la somme à laquelle elles seront estimées, de même qu'il doit le rembourser du prix principal de l'acquisition.

Mais *quid* si les charges imposées par le contrat à l'acheteur ne sont pas appréciables en argent ? D'après M. Péritch, dans ce cas il n'y aurait pas lieu au retrait par suite de l'application du § 883 C. civ. aux termes duquel le débiteur ne peut s'acquitter autrement qu'il est stipulé, à moins que le créancier n'y consente (1).

221. 5°) *Remboursement des frais de l'acquisition.* Le retrayant doit indemniser l'acquéreur, non seulement du prix, et de ce qui en fait partie, mais il doit l'indemniser généralement de tous les frais de l'acquisition. Le retrayant, bien entendu, n'est pas obligé de rembourser à l'acquéreur indistinctement tout ce qu'il a dû dépenser. Si l'acquéreur a fait des dépenses inutiles dont il eût pu se passer, il ne peut pas prétendre au remboursement.

(1) *Contrat de vente*, t. III, p. 291.

222. 6°) *Des impenses.* Pour la même raison que l'acquéreur doit être remboursé des frais de l'acquisition, il doit de même être remboursé des impenses qu'il a été obligé de faire sur l'héritage.

SECTION IV. — *Incidents éventuels au cours de l'exercice du droit de préemption légale*

§ I. — *Pluralité des retrayants*

223. Il se peut qu'il y ait plusieurs bénéficiaires qui ont fait chacun une demande de retrait. Dans cette hypothèse on appliquera les règles générales. Mais *quid* si sur plusieurs bénéficiaires concurrents, chacun n'a pas fait la demande de retrait ? La question qui se pose c'est de savoir si dans cette hypothèse le demandeur au retrait a droit sur tout l'objet du contrat de vente, ou seulement sur sa part successorale ? Par exemple, il y a trois héritiers présomptifs du vendeur ; l'un deux renonce et l'autre s'abstient d'exercer le retrait ; le troisième héritier aura-t-il le droit de reprendre le tiers ou la totalité de la chose ? La Cour de cassation a statué sur cette question et dans l'arrêt du 2 Mai 1928 (1) elle déclare que l'héritier présomptif a le droit de retrait sur tout l'objet, même s'il n'en est héritier que pour une part .

§ II. — *Renonciation du retrayant au droit de succession*

224. Lors de l'ouverture de la succession, le successible du vendeur déclare sa volonté de demeurer étranger à la succession qui lui est échue. Cette renonciation a-t-elle un effet juri-

(1) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1926, p. 453.

dique sur l'exercice du droit de retrait ? Certainement oui ! Dans le cas où le retrayant n'a pas encore fait la demande en retrait, il ne pourra point la faire après l'accomplissement de l'acte de renonciation, l'héritier qui renonce étant sensé n'avoir jamais été « héritier », la seule qualité qui donne ouverture au retrait. Si l'on admettait que ce n'est pas la qualité d'héritier qui donne ouverture au retrait, mais que c'est au contraire la parenté, la renonciation n'aurait aucun effet sur l'exercice du droit de retrait, les liens de parenté subsistant à tous les autres points de vue entre le défunt et l'héritier renonçant.

Quid, si l'action en retrait était intentée avant la renonciation ? La renonciation a un effet rétroactif et, par conséquent, le retrayant sera déchu de son droit de retrait. L'acheteur n'aura qu'à opposer une exception péremtoire. Si la chose était déjà jugée au moment de la renonciation, l'acheteur pourrait-il demander la restitution des biens à l'héritier renonçant ?

Si le retrayant a accepté sous bénéfice d'inventaire, il n'en sera pas moins admis à exercer son droit de retrait : l'acceptation bénéficiaire n'enlève pas à l'héritier sa qualité d'héritier : il est même après cette acceptation sensé être l'héritier du défunt.

§ III. — *Décès du vendeur*

225. La mort du vendeur, soit qu'elle survienne avant, soit après la citation en justice, n'a aucune répercussion sur l'exercice du droit de préemption légale. Si le vendeur décède au cours du procès en retrait, le retrayant se trouvera dans l'obligation d'exécuter le contrat de vente par la mise en jeu du principe que l'héritier continue la personnalité du défunt. A ce principe on peut en opposer un autre d'après lequel le droit de préemption légale constitue un droit indépendant. Ce principe

de l'indépendance du droit de retrait est proclamé par la jurisprudence (1). Dans l'hypothèse où la citation en justice a eu lieu lors du décès du vendeur, on revient à la question déjà discutée (2) : l'héritier de fait est-il aussi bien admis au retrait que l'héritier présomptif ?

§ IV. — *Décès du retrayant*

226. Survenu au cours du procès, le décès du retrayant ne change rien en ce qui concerne l'exercice du droit de retrait : les héritiers du retrayant se substituent au droit du *de cujus*. Il n'en serait pas de même si l'action n'était pas encore intentée au moment du décès du retrayant. Dans cette hypothèse il s'agit de savoir si les héritiers du retrayant ou ceux du vendeur seront admis au retrait. M. Péritch n'admet ni les uns ni les autres. Les héritiers présomptifs du retrayant ne peuvent pas être admis, puisqu'au moment de la conclusion du contrat de vente, ils n'avaient pas la qualité d'héritiers présomptifs du vendeur. Pour la même raison les héritiers du vendeur devraient être exclus du retrait lors du décès du retrayant qui était l'héritier présomptif au moment de la conclusion du contrat. Un autre argument qui lutte contre leur admission, c'est celui qui est tiré de la nature juridique du droit de retrait. C'est un droit qui présente un double caractère : il est à la fois *personnel* et *réel*. Ce droit est réel par son effet à l'égard du tiers acquéreur ; il est personnel à l'égard du vendeur et du retrayant d'une part, et de leurs héritiers, d'autre part. Attaché à la personnalité du retrayant, ce droit s'éteint avec la vie de celui-ci. Cette solution est dictée par la tendance de notre jurispru-

(1) V. *supra*, p. 1^{re} Partie, Chap. II, § 4.

(2) V. *supra*, p., 1^{re} Partie, Chap. II, § 4.

dence à restreindre le cercle des actes aussi bien que des personnes admises au retrait. C'est aussi la conséquence de l'interprétation la plus stricte des dispositions relatives au droit de préemption légale.

Il faut admettre la même solution dans le cas où le retrayant a renoncé à la succession du vendeur.

§ V. — *Vente de l'immeuble au retrayant*

227. Dans cette hypothèse, nous ne voyons aucune raison d'être de l'exercice du droit de retrait. Dès que le retrayant s'est fait mettre en possession de l'immeuble vendu par son indivisaire ou par son parent, il est évident qu'il n'y a plus d'intérêt pratique à exercer le droit de retrait. A quoi bon l'exercice d'un droit qui n'a plus son objet.

§ VI. — *L'annulation ou la rescision du contrat*

228. Il ne s'agit pas ici d'une nullité absolue. Lorsque la vente est entachée d'une nullité absolue, l'ouverture même du retrait n'aura pas lieu. Il s'agit donc ici d'une nullité relative dont le contrat de vente est entaché, et dont l'annulation ou la rescision se produisent justement au cours ou après l'exercice du retrait. Dans cette hypothèse le retrayant aura-t-il le droit de reprendre le marché malgré l'annulation du contrat de vente, ou son droit sera-t-il déchu ? Une fois la nullité ou la résolution prononcée, le retrayant venant à être évincé par le vendeur de l'héritage qui l'a retiré, n'a aucun recours contre l'acheteur sur qui il a exercé le retrait : il est sensé avoir voulu prendre pour son compte le marché. Mais si le retrayant avait été trompé par l'acheteur qui lui aurait caché le vice de son

marché dont ledit acheteur avait connaissance, il pourrait se faire restituer *ex causa doli*, contre le retrait qu'il a exercé et en conséquence faire condamner cet acheteur à lui rendre tout ce qu'il lui a payé par le fait du retrait, déduction faite de ce qu'il aurait reçu du vendeur par qui il a été évincé.

L'annulation ou la rescision du contrat est donc absolument opposable au retrayant.

§ VII. — *Concurrence des indivisaires avec les successibles du vendeur.*

229. Lorsque l'indivisaire et le successible veulent exercer le retrait la loi préfère l'indivisaire au plus proche parent du vendeur. Le § 672 Ci civ. accorde expressément cette préférence à l'indivisaire.

Quid, si l'indivisaire ne veut pas exercer le retrait ? Le plus proche parent pourra-t-il lui succéder ? Il faut se décider pour l'affirmative, si l'existence de l'indivisaire et du plus proche parent n'est pas de nature à enlever, à l'un ou l'autre l'aptitude à jouir du droit de retrait. Si l'un et l'autre ont la jouissance de ce droit, et seulement en ce qui concerne l'exercice de ce droit, l'indivisaire a la préférence, et au cas où ce dernier ne voudrait pas exercer le retrait, le plus proche parent, c'est-à-dire l'héritier présomptif est appelé. C'est la solution enseignée par M. Péritch (1). Il considère que le législateur en cas de concurrence de l'indivisaire avec l'héritier présomptif, a pensé à accorder la préférence à l'indivisaire et à empêcher de la sorte l'exercice simultané du retrait. Il s'ensuit que lorsque l'indivisaire n'a pas voulu exercer le retrait ou lorsque son

(1) Z. PÉRITCH : *Contrat de vente*, t. III, p. 226.

droit est prescrit, le plus proche parent est admis à l'exercer à moins qu'il subisse aussi quelque déchéance.

Est-ce que cette préférence est accordée au « zadrougar » du vendeur. Dans l'hypothèse de la concurrence du « zadrougar » avec la plus proche parent du vendeur qui sera admis au retrait ? Le § 672 C. civ. dit « l'indivisaire » est préféré au plus proche parent. Si le législateur avait eu l'intention d'accorder cette préférence aux indivisaires aussi bien qu'aux « zadrougars », il aurait dû le dire expressément. Nous avons déjà vu que la qualité de zadrougar ne donne pas lieu à l'ouverture du retrait. Pratiquement cette question ne se pose presque jamais, puisque la qualité d'indivisaire accompagne toujours la qualité de zadrougar.

En cas de concurrence de ceux qui viennent au même degré, la loi n'accorde aucune préférence, pourvu qu'ils aient fait leur demande dans le délai et sous les conditions prévues par la loi. Les conditions de l'exercice étant réunies, les parents au même degré sont admis concurremment au retrait, malgré que les demandes de retrait ne soient pas faites le même jour.

§ VIII. — *Concurrence des héritiers testamentaires avec les héritiers ab intestat.*

230. Il s'agit ici de la concurrence *du plus proche parent* avec un héritier institué par le vendeur. Qui sera admis au retrait ? Si l'héritier institué par le vendeur n'a aucune parenté avec celui-ci, il ne sera nullement admis au retrait. Mais s'il s'agit d'un héritier testamentaire qui est en rapport de parenté avec le vendeur, la question qui se pose c'est de savoir si cet héritier en concurrence avec le plus proche parent sera traité par

préférence ou s'il sera admis au retrait à l'exclusion de ce dernier ? Evidemment le plus proche parent sera admis, la loi étant explicite sur ce point. Si l'héritier testamentaire le pouvait exclure, le vendeur n'aurait qu'à faire d'un de ses parents son héritier testamentaire pour exclure du retrait son héritier présomptif. Or, l'exhérédation n'exclue pas l'exhéréhé des héritages de la succession de son père ou de sa mère par qui il a été exhéréhé lorsque les frères et sœurs les vendent ; car l'exhérédation ne le prive que du droit de succéder et non du droit de retrait qu'il tient de sa qualité d'héritier présomptif.

§ IX. — *Vendeur devenu successeur de son parent qui a fait la demande en retrait*

231. Dans cette hypothèse il y a une collision entre le droit du successeur et l'obligation du vendeur. Le vendeur ne peut pas en vérité exercer le retrait sur sa propre vente qu'il a faite à un étranger ; il ne le peut pas puisqu'il est tenu en vertu du contrat de vente de livrer la chose vendue et en outre de garantir l'acheteur contre l'éviction et les défauts de la chose vendue. Lorsqu'il garantit l'acheteur contre le trouble et l'éviction d'un tiers, à plus forte raison il ne peut le troubler lui même en exerçant le droit de retrait.

SECTION V. — *Effets juridiques du droit de préemption légale*

§ I. — *Les effets à l'égard de l'acheteur*

232. D'après la nature juridique du retrait tous les droits résultant du contrat qu'avait l'acheteur cessent en sa personne

et passent dans celle du retrayant. Par conséquent l'acheteur est obligé de délaisser l'héritage au retrayant à qui la loi transfère le titre en vertu duquel cet acheteur le possédait.

La première obligation de l'acheteur est de délaisser l'héritage au retrayant. Ce qu'il faut entendre sous le mot « délaisser », c'est que l'acheteur doit faire entrer le retrayant en possession de l'héritage et lui faire transmettre en procédant à l'accomplissement de l'acte translatif de propriété. Si l'acheteur ne s'est pas encore pourvu du titre de propriété (tapia), le retrayant s'adressera directement au vendeur.

L'acheteur est sensé n'avoir jamais été l'acheteur. Cela veut dire que le contrat de vente est sensé n'avoir jamais été conclu. Il en résulte que l'acheteur n'est tenu d'aucune obligation envers le vendeur. L'adjudication du droit de préemption entraîne la chute du contrat de vente. L'acheteur est donc intéressé à tous les différends éventuels entre le vendeur et le retrayant. Dans le cas où le retrayant a cité en justice le vendeur pour le droit de retrait, l'acheteur ne peut jamais être indifférent à l'issue de ce procès : ou il a tiré des avantages du contrat de vente, et alors il aidera le vendeur à gagner le procès ; ou le contrat de vente est désavantageux pour lui, et alors il aidera le retrayant à gagner le procès. En tout cas l'acheteur aura un grand intérêt à intervenir dans le procès en retrait. Les §§ 65 et 66 du Code de proc. civ. parlent des interventions du tiers, et ils distinguent *l'intervention principale*, et *l'intervention ordinaire*. L'intérêt pratique de cette distinction consiste en ceci : si le tiers intéressé manque d'intervenir en cas d'intervention ordinaire, il sera privé du droit d'opposer l'exception *Res inter alios judicata aliis nec nocet potest*, c'est-à-dire que que la chose jugée aura un effet juridique même contre lui ; — au contraire, en cas d'intervention principale, si le tiers intéressé manque d'intervenir, il pourra opposer l'exception sus-

indiquée. Dans l'hypothèse de l'exercice du retrait laquelle de ces deux interventions sera appliquée ? M. Péritch se déclare pour l'intervention principale (1). Si, par conséquent, l'acheteur n'intervient pas au procès en retrait, il peut, le procès terminé, assigner le vendeur et demander l'exécution du contrat de vente soutenant le mal-fondé de la demande en retrait. Et, inversement, si c'est l'acheteur qui est poursuivi pour l'exécution du contrat de vente, il peut opposer l'adjudication du droit de préemption.

233. Nous avons dit tout à l'heure que l'acheteur est exempt, par l'effet du retrait, de toutes les obligations vis-à-vis du vendeur. Mais on peut discuter sur ce point. Supposons d'abord, que l'acheteur n'a pas payé le prix. Dans cette hypothèse, il pourrait arriver qu'il retire quand même le prix consigné, et les intérêts du vendeur en seront gravement violés. Le retrait sera dans ce cas un moyen d'enrichissement injuste pour l'acheteur aux dépens des intérêts du vendeur. L'acheteur aurait tous les avantages du retrait, et le vendeur n'en aurait à subir que tous les inconvénients. C'est pour une raison d'équité que toutes les obligations contractées par le contrat de vente par l'acheteur sur qui le retrait est exercé ne devraient pas cesser en sa personne et passer dans celle du retrayant. L'acheteur ne devrait pas être libéré vis-à-vis du vendeur, et devrait seulement être indemnisé par le retrayant. Il n'a en aucun cas à craindre de ne pas être remboursé par suite de l'insolvabilité du retrayant, puisque celui-ci ne peut jamais exercer le retrait avant de consigner le prix de vente et ses accessoires (2). Quant au vendeur, il faut qu'il ait le droit de poursuivre l'acheteur

(1) *Contrat de vente*, t. III, p. 295.

(2) Voir 2^e Partie, Chap. II, Sect. 3, § 2.

pour le paiement du prix et, en cas d'insolvabilité de celui-ci, de se faire rembourser par le retrayant le prix consigné.

234. Quel est l'objet du retrait adjudgé dans le cas où l'acheteur est devenu le propriétaire de l'immeuble ? Il sera sensé n'avoir jamais eu la propriété de l'immeuble retiré, et par conséquent tous les droits qu'il aurait accordés à des tiers sur cet immeuble seront mis à néant par l'application de la règle *nemo potest plus juris in alium transfere quam ipse haberet*. L'acheteur qui a imposé par exemple des hypothèques et d'autres chargés sur l'immeuble, n'a pu donner à ceux au profit de qui il les a imposées un droit plus fort que celui qu'il avait lui-même. Tous ces droits doivent se résoudre suivant la maxime : *solutio jure dantis solvitur jus accipientis*, qui n'est que la suite de la règle rapportée ci-dessus. Si le vendeur a fait l'acte translatif de propriété au profit de l'acheteur, et celui-ci au profit d'un tiers tous ces actes ne seront pas valables : ils sont sensés n'avoir jamais existé, et on procédera à une nouvelle transmission au profit du retrayant.

Par rapport au retrayant l'acheteur a le droit de se faire rembourser le prix et d'autres sommes que le retrayant doit consigner pour pouvoir exercer le droit de retrait (1).

235. Si l'acheteur décède, il est sensé n'avoir jamais laissé dans la succession l'héritage, mais la créance pour la répétition du prix contre le retrayant, laquelle créance étant une créance mobilière, doit appartenir à son débiteur au mobilier (2).

De ce que l'acquisition faite par l'acheteur est éteinte par l'effet du retrait, il résulte que tous les droits, tels qu'un droit

(2) Voir 2^e Partie, Chap. II, Sect. 3, § 2.

(2) En ce sens POTHIER, p. 364, *Traité des retraits*.

de servitude, d'usufruit, qu'avait l'acheteur avant la conclusion du contrat de vente doivent revivre, la cause de la confusion ayant disparu.

§ II. — *Les effets à l'égard du retrayant*

236. Le retrayant est sensé subrogé aux droits de l'acheteur et avoir acheté non à celui sur qui il exerce le retrait, mais au vendeur lui-même.

De ce que le retrait n'a d'autre effet que de subroger le retrayant aux droits de l'acheteur, il résulte que le retrayant ne peut avoir plus de droits dans l'héritage retiré, ni par rapport à cet héritage que n'en avait cet acheteur, et par conséquent, que toutes les actions résultant des droits retenus par le vendeur dans l'héritage, ou par rapport à l'héritage, qui auraient pu être exercés par le vendeur contre cet acquéreur peuvent l'être contre ce retrayant.

237. De ce que le retrayant est sensé tenir et avoir acheté directement au vendeur l'héritage par lui retiré, il résulte que le retrait adjudgé, on n'est plus en présence de deux ventes, mais d'une seule. Il s'ensuit encore que le vendeur peut opposer au retrayant toutes les exceptions tirées d'un vice du contrat ou de l'incapacité des contractants qu'il aurait pu opposer à l'acheteur sur qui le retrait est exercé. Supposons, par exemple, que cet acheteur a acheté à un majeur, mais qu'il a employé le dol ou la violence. Dans ce cas il faut décider que le retrayant est tenu, à la demande du vendeur, de restituer l'héritage. Quant à la restitution des fruits, il semble qu'il n'y soit pas tenu, étant donné sa bonne foi ; — § 204 C. civ. Il en serait de même si l'on supposait que le vendeur est mineur ou qu'il a aliéné des immeubles frappés d'indisponibilité réelle, par exemple il a aliéné les biens d'okoutchyé.

238. Supposons maintenant que l'héritage durant tout le procès en retrait était en possession du vendeur. Est-ce qu'il sera obligé de restituer les fruits perçus lors de la conclusion du contrat jusqu'à ce que le retrait fut adjugé ? Si le vendeur et l'acheteur ont fait insérer dans leur contrat des clauses spéciales, celles-ci seront obligatoires pour le retrayant. A défaut de ces clauses, et en supposant que le vendeur n'a pas transmis la propriété, le vendeur a la pleine jouissance de son immeuble jusqu'au jour où le droit de retrait sera adjugé au retrayant ; à partir du moment de l'adjudication celui qui possède l'héritage est sensé ne pas être *de bonne foi*, et par conséquent il est tenu d'après le § 204 C. civ. de restituer les fruits perçus depuis ce moment-là. Bref, les fruits civils et naturels appartiennent au possesseur de l'héritage jusqu'au moment où le retrait sera adjugé.

Le retrayant étant par le retrait subrogé aux droits et aux obligations de l'acheteur, il est sensé avoir acquis l'héritage aux mêmes clauses et conditions que cet acheteur. Il en résulte que si l'acheteur n'a pas été chargé de l'entretien des baux à ferme ou à loyer fait par le vendeur à des tiers, le retrayant n'en sera pas chargé ; au contraire, si l'acheteur en a été chargé par le contrat de vente, le retrayant en sera pareillement chargé. Si c'était l'acheteur qui était au moment de la conclusion du contrat de vente le fermier ou le locataire, ses droits éteints par l'acquisition de l'héritage revivraient lors de l'adjudication du retrait, et le retrayant serait obligé d'entretenir ce bail à ferme ou à loyer.

239. Dans le cas d'un procès entre le vendeur et l'acheteur, le retrayant est-il obligé d'y intervenir sous la menace de la déchéance de son droit qu'aurait entraîné sa non-intervention ? Il faut se décider pour l'affirmative s'il s'agit d'une intervention

ordinaire, et pour la négative s'il s'agit d'une intervention principale (1). La jurisprudence et la doctrine ont adopté la seconde solution.

§ III. — *Les effets à l'égard du vendeur*

240. Le retrayant étant sensé subrogé aux obligations de l'acheteur, il est tenu de la même manière que celui-ci vis-à-vis du vendeur. Le vendeur a donc les mêmes droits envers les retrayants qu'il avait envers l'acheteur. Il peut demander l'annulation, la résolution ou la rescision du contrat, mais il n'en est pas de même quant au droit du vendeur de demander le paiement du prix. Puisque la consignation du prix est obligatoire et nécessaire pour l'exercice du retrait, il est impossible d'arriver semble-t-il, à ce que le retrayant soit tenu de payer pour la deuxième fois le prix dont la consignation a été la condition formelle de la recevabilité de son action en retrait. Ceci dit, il faut décider que la consignation du prix étant faite, ni le vendeur ne peut plus demander au retrayant le paiement du prix, ni l'acheteur ne peut en demander la restitution. Il s'ensuit donc que le retrayant quant à l'obligation du paiement du prix en est libéré une fois pour toutes par suite de la consignation du prix. Cette consignation est une garantie suffisante pour le remboursement du vendeur aussi bien que de l'acheteur.

§ IV. — *Les effets à l'égard du tiers*

241. Il faut entendre ici par tiers les créanciers hypothécaires et chirographaires de l'acheteur et les acquéreurs qui tiennent leur droit de propriété de celui-ci.

(1) Voir 2^e Partie, Section 5, § 1.

D'abord la saisie qui a pour objet l'héritage sujet au retrait n'empêcherait pas le retrayant d'exercer le retrait. De même l'acquisition de l'héritage par un tiers, c'est-à-dire par l'*accipiens* de l'acheteur n'empêchera pas l'exercice du droit de retrait. En tout cas, l'héritage sujet au retrait échapperait à l'appréhension des tiers par suite de l'exercice du droit de retrait.

242. Les droits réels constitués sur l'héritage par l'acheteur tomberaient par l'application de la règle : *nemo potest plus juris in alium tranfere quam ipse habet*.

Mais si la saisie immobilière est faite le prix et tout ce qui doit être remboursé par le retrayant doit être distribué entre les créanciers saisissants suivant l'ordre de leurs privilèges et hypothèques. Dans l'hypothèse de la concurrence du vendeur avec les créanciers de l'acheteur, le vendeur devrait passer le premier bien qu'il ait demandé la saisie. Il en est autrement si les créanciers n'ont pas saisi réellement l'héritage sujet au retrait : dans ce cas ils n'auraient pas le droit de se faire distribuer le prix en consignation, ils en auraient à suivre les règles générales. Quant aux créanciers hypothécaires, ils seraient dégradés au rang des créanciers chirographaires.

243. Dessaisi par l'exercice du retrait, l'acquéreur a-t-il une action en garantie contre l'*acheteur*, c'est-à-dire son vendeur ? Il est évident que par le retrait l'acquéreur subit une *éviction*, et par conséquent il peut intenter l'action en garantie contre son vendeur. L'acquéreur doit appeler l'acheteur à se défendre contre le retrayant qui tend à l'évincer par l'exercice du retrait ; s'il ne l'appelle, pas, il assume toute la responsabilité du procès qu'il dépendait de lui de faire peser sur l'acheteur ; s'il succombe, si son éviction est prononcée par une décision de l'adjudication du retrait, il est exposé à échouer dans la

demande principale en garantie qu'il formera plus tard contre l'acheteur, si celui-ci démontre que s'il avait été mis en cause pour résister à la demande en retrait, il aurait eu à proposer des moyens qui auraient fait rejeter cette demande. Si l'acheteur en vendant avait fait connaître que l'héritage était sujet au retrait, l'acquéreur aurait du moins une action en répétition du prix.

244. Dans le cas où l'acquéreur a acquis l'héritage à titre de donation, ce titre ne donnerait pas lieu à la garantie. Est-ce que l'acquéreur a le droit de se faire rembourser sur le prix consigner ? Non ! A l'appui de cette solution on peut invoquer deux raisons principales : 1°) on peut dire que l'acheteur en faisant la donation de l'héritage n'a entendu le donner que dans le cas et sous la condition que l'héritage ne serait pas retiré ; 2°) on peut dire aussi que *l'animus donandi*, cet élément constitutif en ce que l'acheteur entendait donner l'héritage et non la part de ce qu'il aurait à recevoir du retrayant en cas de retrait.

CHAPITRE III

DROIT DE LA « ZADROUGA » DE REPRENDRE L'HERITAGE DEVOLU AUX FILLES AYANT SUCCEDE AU « ZADROUGAR » DECEDE § 529 CODE CIVIL SERBE

Le § 529 C. civ. que nous avons reproduit textuellement dans l'introduction, contient trois principes distincts.

245. Le premier principe qu'il pose est relatif au devoir de la zadrouga d'entretenir et de marier convenablement les filles restées dans la zadrouga lors de la mort d'un zadrougar. Originellement c'était le seul principe que le § 529 contînt. Ce droit était accordé aux jeunes filles restées dans la zadrouga comme compensation de leur dépouillement du droit de succession dans la zadrouga. Ce n'est qu'en 1859 que le législateur leur accorda le droit de succession dans la zadrouga.

246. Cette décision législative de 1859, ajoutée au § 529, apporta deux principes distincts qui, d'après leur nature appartiennent à deux domaines différents du droit réel. Or, ces deux principes, il faut les séparer. Notre doctrine les met ensemble, et ainsi combinés ils paraissent former un cas particulier de la succession. Quant à nous, nous considérons que c'est une erreur.

247. En premier lieu, il n'est pas exact que le § 529 représente un cas particulier de la succession, puisque la décision législative de 1859 ne fait que proclamer applicable le droit commun à l'égard des filles restées dans la zadrouga lors de la mort d'un zadrougar, leur père. Avant l'édiction de cette loi complémentaire du § 529, le droit commun en matière de succession n'était applicable à la zadrouga qu'à l'égard des fils du zadrougar décédé, mais depuis le § 529 est complété, ce droit commun est aussi applicable à l'égard des filles, des héritières dans la zadrouga. Cette nouvelle addition au texte ancien du § 529 C. civ. reconnaît donc suivant le principe du droit commun des droits héréditaires aux filles du *de cuius* pour le cas où il ne laisserait pas de fils comme successeurs soit parce qu'il n'en a pas, soit qu'ils sont indignes ou renonçants. N'est-ce pas l'application littérale du principe contenu dans les §§ 395, 396 C. civ. Lors de la décision de 1859 ce ne sont pas seulement les fils qui sont soustraits à l'empire du droit successoral applicable aux zadrougas, mais ce sont aussi les filles.

248. En second lieu, le dernier alinéa du § 529, aux termes duquel « la zadrouga » a le droit de leur (aux enfants du sexe féminin) payer en argent, d'après l'estimation leur part successorale, mais seulement au cas où cette part consisterait en biens immobiliers, ne porte aucune modification au droit successoral des filles restées dans la zadrouga. Notre doctrine interprète ces dispositions comme étant une dérogation au droit commun successoral. Nous considérons que le droit de la zadrouga de rembourser l'héritage n'est pas de nature à atteindre la capacité de succéder ou à changer l'ordre des descendants appelés à la succession d'après le droit commun. Par cela que la zadrouga peut retenir quelques biens héréditaires, les héritières n'en sont pas moins capables de succéder et leur droit

de succession n'en est pas moins étendu, elles n'ont pas obtenu non plus la qualité d'héritiers extraordinaires. L'héritage du zadrougar décédé leur serait dévolue suivant les principes du droit commun (1).

249. Qu'y a-t-il donc de singulier dans les dispositions du dernier alinéa du § 529 ? Ces dispositions sont propres à influencer le contenu du droit de propriété de l'héritage immobilier transmis à l'héritière du zadrougar. Par le fait que le *de cujus* vivait dans la zadrouga et que ses immeubles appartenaient à la zadrouga, son héritière ne peut succéder qu'à la propriété telle que l'avait le défunt lui même, c'est-à-dire *une propriété affectée d'une destination*. L'ouverture de la succession ne doit pas changer l'affectation des biens immobiliers héréditaires ; ils passent à l'héritière avec leur destination qu'ils avaient avant l'avènement qui a entraîné l'ouverture de la succession. Cette propriété que l'héritière tient du zadrougar n'a pas cessé d'être destinée à la réalisation du but collectif de la zadrouga, et c'est pour cette destination continue que cette héritière n'en peut pas disposer librement. La décision législative de 1859 vise donc la protection de la zadrouga. Mais cette destination de la propriété de la zadrouga ne continue pas en la personne de tous les héritiers du zadrougar décédé ; cette destination cesse d'exister si la succession est dévolue aux fils du défunt, et pour renforcer la protection de la zadrouga il n'y aurait qu'à faire continuer cette destination

(1) M. Z. PERITCH donne une interprétation semblable. « Le législateur, dit-il, a voulu, par la décision de 1859 revenir au droit commun en faveur des enfants du sexe féminin » en favorisant de la sorte ceux-ci aux dépens de la zadrouga » (*Op. cit.*, p. 93 Z. PERITCH, Partie spéciale du droit civil, 1. II, Droit de succession). Il s'est servi de cet argument contre l'opinion de Djordjevitch qui soutient que seulement les filles non mariées sont appelées à la succession du zadrougar décédé ; les filles mariées en sont exclues, étant sorties de la zadrouga.

à la charge de tous les héritiers du zadrougar. Cette destination continuant en la personne de l'héritière enlève à celle-ci le droit de faire sortir de la communauté de la zadrouga par n'importe quel acte les immeubles héréditaires. Par la nature des choses les immeubles de la zadrouga qui auraient été transmis en pleine propriété à la ferme seraient sortis de la communauté inévitablement. C'est pour cette raison que cette propriété doit subir des restrictions qui la font soustraire à la libre disposition de son titulaire qui se trouve dans cette alternative : ou rester dans la zadrouga et se soumettre au principe de la propriété de la zadrouga, ou en sortir et se faire rembourser par la zadrouga la valeur de l'héritage dans l'expertise faite dans le procès à défaut d'une entente amiable entre l'héritière et la zadrouga. Une fois l'expertise terminée, l'héritière devient une créancière de la zadrouga, cette dernière pouvant lui opposer tous les cas d'insaisissabilité alors même que cette insaisissabilité aurait pour objet l'héritage sur lequel elle avait eu une propriété indisponible.

250. Nous ne pouvons pas nous rallier à l'opinion de M. Markovitch d'après laquelle « un dernier vestige des prérogatives dont la zadrouga jouissait dans le droit successoral à l'égard et contre les filles du défunt est conservé par le nouveau texte ajouté au § 529 C. civ. qui autorise la zadrouga à retenir, à racheter la quote-part des immeubles du défunt après qu'elle aura payé leur valeur aux filles héritières du *de cujus* » (1). Puis, c'est la fille qui est tenue envers les créanciers personnels du zadrougar en sa qualité d'héritière de ce dernier. Nous avons déjà parlé dans notre première partie (1) de

(1) Z. MARKOVITCH : *La transmission du patrimoine d'une personne décédée dans la zadrouga serbe*, op. cit., p. 120. z

(2) Voir Introduction.

principe du droit coutumier d'après lequel, tant qu'il y a dans la zadrouga des têtes masculines, le fonds commun indispensable à son existence ne doit dans aucun cas sortir de cette communauté. Si c'était un dernier vestige du droit successoral de la zadrouga, on ne pourrait pas expliquer juridiquement l'obligation de celle-ci de rembourser à l'héritière l'immeuble racheté. Si la zadrouga reprend l'immeuble à titre de successeur, elle ne serait pas tenue de payer sa valeur puisque si elle exerce un droit sur cet immeuble, pourquoi est-elle obligée d'en indemniser l'héritière ? Décidément il ne s'agit pas ici du vestige du droit de succession de la zadrouga ; c'est au contraire le principe de la propriété qui est en jeu.

251. La fille du zadrougar décédé est héritière de droit commun. La propriété qu'elle tient à titre de succession n'est pas dépourvue par suite de la mort du zadrougar, de sa fonction collective ; mais cette héritière n'étant pas qualifiée pour exercer cette fonction, elle doit céder sa propriété à la zadrouga. Titulaire du droit de propriété, elle ne peut l'exercer librement. Ayant le titre de la propriété, elle n'a pas qualité pour l'exercer. Nous avons déjà parlé dans notre première partie de la possibilité d'avoir l'aptitude à être le sujet du droit de propriété, mais de ne pas pouvoir être le titulaire de l'exercice de ce droit. L'héritière du zadrougar ne peut pas exercer son droit de propriété à cause de son inaptitude absolue à être membre de la zadrouga, et par conséquent elle ne pourra jamais exercer une propriété dont le but principal est de protéger les intérêts de la zadrouga. C'est en vertu de ce principe que la zadrouga a le droit de retenir l'héritage ; mais comme l'héritière est le sujet du droit de propriété, celle-ci a droit à

l'indemnité qu'entraîne cette sorte d'expropriation dans l'intérêt de la zadrouga.

252. Le cas d'incapacité de l'héritière d'exercer son droit n'est pas analogue au cas d'incapacité du mineur. Premièrement les causes de l'incapacité sont différentes ; et en second lieu, l'héritière du zadrougar ne deviendra jamais capable de représenter l'affectation de la propriété de la zadrouga, étant donnée son inaptitude absolue à être membre de la zadrouga ; tandis que le mineur sera certainement un jour émancipé ou majeur. C'est justement pour cette inaptitude absolue que l'héritière doit céder le droit lui-même.

253. Cette cession est obligatoire seulement à la demande de la zadrouga. La zadrouga a le droit de se faire céder le droit sur l'héritage, mais elle n'y est pas obligée. C'est la suite logique du *caractère facultatif* de la propriété collective de la zadrouga dont nous avons parlé dans la première partie (1). De même il n'y a pas lieu à l'application du dernier alinéa du § 529 C. civ. si la zadrouga a cessé d'exister par suite du partage au moment de l'ouverture de la succession.

(1) Voir 1^{re} Partie, Ch. 1^{re}, § 3.

TROISIEME PARTIE

LES RESTRICTIONS VOLONTAIRES

CHAPITRE I

LES RESTRICTIONS VOLONTAIRES CONTENUES DANS LES ACTES A TITRE GRATUIT

254. Ces restrictions ne sont permises dans le droit serbe que sous une forme : *la substitution* qui entraîne l'indisponibilité des biens substitués. Cette inaliénabilité est plus ou moins absolue suivant les espèces de substitutions qu'un droit positif a admises. La substitution permise dans le droit de serbe ne peut être constituée que par testament. C'est donc un acte à titre gratuit seul qui peut contenir des restrictions volontaires.

Une substitution en général est « une disposition par laquelle une personne est appelée à recueillir une libéralité, à défaut d'une autre personne ou après elle » (1).

(1) BAUDRY-LACANTINERIE : *Traité de droit civil, op. cit.*, p. 491, 3^e édition II.

255. I. — Le droit romain distinguait et réglementait trois espèces de substitutions : 1°) *la substitution vulgaire* ; 2°) *la substitution pupillaire* ; 3°) *la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire*.

La substitution vulgaire était la substitution par laquelle le testateur désignait un autre héritier pour le cas où celui qu'il avait institué en première ligne ne pourrait ou ne voudrait pas être héritier.

Par la substitution pupillaire le père était autorisé, en faisant son propre testament, à faire du même coup celui de son fils impubère, pour le cas où celui-ci mourrait avant d'avoir atteint la majorité.

La substitution quasi-pupillaire permettait à un père de choisir un héritier à l'enfant que son état mental mettait dans l'impossibilité de tester.

256. II. — Dans l'ancien droit français il y avait une espèce de substitution connue sous la dénomination de *substitution fidéicommissaire* ou *indirecte*. Par cette substitution « un donateur ou un testateur charge une personne qu'il gratifie en premier ordre (grevé), de conserver pendant toute sa vie les biens faisant l'objet de la donation ou du legs, et de les rendre lorsqu'elle mourra à une autre personne gratifiée en second ordre (appelé), si celle-ci se trouve vivante et capable à cette époque » (1).

257. III. — Les dispositions que le Code civil serbe autorise et a réglementées dans le § 465 constituent une véritable substitution fidéicommissaire de famille. Le fidéicommis de famille est une institution qui a pour fonction de rendre une masse de biens inaliénable en principe et de la faire passer dans

(1) V. BAUDRY-LACANTINIERE, *id.*, p. 496.

une famille déterminée à certains héritiers désignés par avance, suivant des règles de succession propres (1). Le § 465 dit : « Si le disposant a déclaré qu'un certain bien de son patrimoine doit rester dans la famille pendant plusieurs générations à titre de fidéicommiss, cette disposition qui peut être néanmoins modifiée par la justice en cas de nécessité absolue, sera valable sans qu'il y ait lieu de distinguer si la charge de restitution est faite au profit du premier né, ou du plus jeune ou du plus âgé dans la famille ». La substitution fidéicommissaire du § 465 est donc valable si les conditions suivantes sont réunies : 1°) elle doit porter sur des biens immobiliers ; 2°) elle ne peut être valablement constituée que par testament ; 3°) elle ne peut porter que sur certains biens déterminés ; 4°) elle ne peut porter que sur les acquêts, et non sur les biens hérités ; et 5°) sa validité est soumise à la condition qu'elle porte sur les biens de la quotité disponible (2). D'après la jurisprudence les dispositions du § 465 constituent un véritable *fidéicommiss* dont les caractéristiques principales sont : 1°) les biens du fidéicommiss sont laissés à plusieurs générations ; 2°) les biens sont mis hors de la libre circulation, c'est-à-dire qu'ils sont frappés d'indisponibilité réelle.

258. C'est cette substitution fidéicommissaire que la Constitution de 1921 a abolie. L'article 38 de la Constitution n'a pas seulement un effet dans l'avenir mais aussi dans le passé. La question de la rétroactivité des dispositions de l'art. 38 a été très discutée. Enfin, un arrêt du 10 juin 1927 de la Cour de

(1) V. HENRY VIZIOZ : *La question du fidéicommiss en Prusse*, Thèse, 1914, Bordeaux.

(2) V. Z. MARKOVITCH : *La transmission du patrimoine d'une personne décédée dans la zadrouga serbe*, thèse, Paris 1929, p. 79. V. aussi Z. PERITCH, *Partie spéciale du droit civil*, 1. IV, le droit de succession, pages 45-46.

cassation, III^e Ch. a résolu cette question dans le sens de l'effet rétroactif de la prohibition du fidéicommiss. Cet arrêt est ainsi conçu : « ...L'effet juridique des articles 38 et 142 de la Constitution consiste non seulement en ce qu'il est interdit de constituer des fidéicommiss du jour de la promulgation de la constitution, mais aussi en ce que cette prohibition porte sur les fidéicommiss constitués antérieurement » (1). Il s'ensuit que sur le territoire intégral de la Yougoslavie le fidéicommiss est interdit, et là où il était constitué auparavant, il doit être liquidé.

Maintenant la question se pose de savoir comment il faut faire la liquidation ; celle-ci n'étant pas réglementée par une loi spéciale. Il y a des difficultés. La solution qu'enseigne

(1) S. KOVATSCHEVITCH : *Pratique judiciaire* 1927, p. 280. La question est d'ailleurs fort discutée. D'après une première opinion, l'art. 38 de la Constitution ne serait qu'une invitation adressée au législateur d'édicter une loi dans le sens de l'art. 38, c'est-à-dire d'une loi qui défendrait l'institution de nouveaux fidéicommiss en liquidant en même temps les fidéicommiss existants : jusque-là tout devrait rester en cette matière comme avant la Constitution. Il semble que cette opinion soit partagée par les tribunaux en Slovénie et en Croatie ; (en ce sens Dr G. Krek, *op. cit.*, p. 42, Ann. 2). Une seconde opinion reconnaît à l'art. 38 force de loi d'ores et déjà, c'est-à-dire dès la promulgation de la constitution il ne pouvait plus être établi de nouveaux fidéicommiss, mais quant à ceux qui existaient déjà au moment de la promulgation de la Constitution, ils ne sont pas touchés par l'art. 38, puisqu'ils représentaient des droits acquis. Enfin, d'après une troisième opinion, et c'est aussi celle de la Cour de Cassation de Belgrade, comme nous venons de le dire plus haut — les fidéicommiss même existant au jour de la promulgation de la Constitution ont été abolis, et il reste aux tribunaux à les liquider, en vertu de la Constitution elle-même (art. 38) dans chaque cas concret qui sera présenté devant eux (à moins que les parties ne le fassent elles-mêmes par transaction). Nous pensons que cette troisième opinion est la plus exacte (tel est aussi l'avis de S. YOVANOVITCH, *op. cit.*, p. 456) bien que la liquidation des fidéicommiss existants provoque tant de difficultés qu'une loi spéciale devrait être rendue à cet effet. D'ailleurs, s'il s'agit d'un fidéicommiss ayant le caractère d'une institution aristocratique, la question relative au moment à partir duquel il devrait être réputé aboli ne se pose pas à cause de l'art. 42 de la Constitution concernant la suppression des droits féodaux. (*Op. cit.*, p. 15-16. Z. PÉTRICH : *Les principaux traits caractéristiques de la Constitution Yougoslave*, l'article publié dans la *Revue Internationale de Sociologie*, Novembre-Décembre 1928).

M. Z. Péritch est acceptable : il faut attribuer au *fiduciaire*, aux grevés, la propriété complète et irrévocable des biens constitués en fidéicommiss.

259. Après le décret du 6 Janvier 1929 par lequel la Constitution est abolie, la question se pose de savoir si le § 465 C. civ. n'est pas rentré en vigueur ? Il faut se décider pour la négative, puisque le fidéicommiss est supprimé par voie législative, et il faudrait une nouvelle loi qui l'aurait remis en vigueur.

260. Eh ! bien ! les dispositions du § 465 n'étant plus valables, y a-t-il d'autres dispositions qui constituent la substitution que la Constitution de Vidov Dan n'entendait pas supprimer ? Oui ! la substitution non prohibée est celle prévue par le § 464 C. civ. Dans notre doctrine cette substitution est connue sous le nom de substitution fidéicommissaire à la différence du fidéicommiss du § 465 C. civ. Mais d'après sa nature la substitution du § 464 se distingue de la substitution fidéicommissaire permise par le Code civil français, en se rapprochant de la *substitution pupillaire* du droit romain. Le § 464 dit : « Si le disposant a déclaré que son héritier sera tenu après sa mort de transmettre la succession à une personne d'avance déterminée, cette disposition va être entendue dans ce sens que si l'héritier meurt, n'ayant pas la capacité de tester ; par exemple s'il meurt étant aliéné ou mineur, ou bien même en état de capacité mais sans avoir testé et sans avoir laissé de postérité légitime ». Il s'ensuit que la nomination de l'héritier substitué par le testateur ne serait valable que dans les trois hypothèses suivantes : 1°) l'institué est mort avant l'âge de pouvoir faire son testament ; 2°) l'institué est mort étant incapable de faire son testament et sans postérité ; et 3°) l'institué est mort en état de capacité pour faire son testament, mais il ne l'a pas fait et il n'a pas laissé de postérité légitime.

time. On est enclin à interpréter les dispositions du § 464 dans ce sens que la loi suppose que le testateur aurait entendu la réunion de ces trois conditions pour l'ouverture au droit de l'héritier substitué. Cette substitution s'analyse, semble-t-il en fin de compte, en des testaments faits pour le compte d'autrui. Le testateur a désigné l'héritier substitué pour le compte de son héritier direct qui est incapable de faire le testament ou qui ne l'aurait pas fait sans avoir laissé de postérité légitime. Ce prétendu testament fait pour le compte d'autrui serait donc caduc en tant qu'il porte sur la désignation du substitué si l'institué jouit de la capacité testamentaire, et s'il a nommé lui-même son héritier sous la condition qu'il n'ait pas de postérité légitime, ce qui veut dire que ce testament aurait été caduc même si l'institué n'avait pas fait son testament, pourvu que celui-ci soit capable et ait de la postérité légitime. On pourrait aller plus loin encore en affirmant que la nomination de l'héritier substitué est valable en tant que l'institué n'aurait pas eu d'enfants. Mais caractériser les dispositions du § 464 C. civ. comme le testament pour le compte d'autrui, ce serait aller à l'encontre du principe que le testament est l'œuvre personnelle du testateur.

261. Si aucune des trois conditions susindiquées n'est réalisée, quel est le sort du testament contenant des dispositions fidéicommissaires ? Est-ce que la substitution fidéicommissaire est elle-même atteinte, ou bien n'est-il pas atteint seulement le testament dans sa part portant sur la désignation de l'héritier substitué ? Il faut répondre que la substitution reste valable, et ce qui change, c'est que la qualité d'appelé sera attribuée aux enfants du grevé et non à la personne désignée par l'auteur de la substitution.

En un mot le fait que le grevé est capable de tester et qu'il a des enfants ne rend pas caduques toutes les dispositions fidéi-

commissaires, c'est-à-dire que ce fait ne consolide pas d'une façon définitive le droit de propriété du grevé, celui-ci restant chargé de conserver les biens substitués et de les rendre aux appelés. Ce fait n'a qu'un effet juridique : de rendre caduc le testament en tant qu'il porte sur la nomination de l'héritier substitué. Quant à ses autres effets juridiques, la substitution fidéicommissaire est valable. *Il s'ensuit que l'auteur est limité dans son droit de désigner la personne de l'appelé : il peut la désigner librement, si le grevé n'a pas de postérité légitime ; il est limité si le grevé a de la postérité légitime, puisque c'est au profit de celle-ci que la substitution sera ouverte malgré les dispositions contraires de la dernière volonté de l'auteur.*

Dans la pratique les héritiers substitués ne sont presque jamais nommés personnellement. Il est d'usage que le testateur désigne comme substitués généralement les héritiers légitimes du grevé au cas où celui-ci n'aurait pas d'enfants. Cela prouve que la substitution permise est établie en premier lieu au profit des enfants du grevé. Le § 464 n'est point explicite. Notre interprétation est peut-être assez arbitraire. Il vaut mieux donner une interprétation quelconque que dire seulement comme la majorité de nos juristes que le § 464 prévoit une substitution fidéicommissaire que la Constitution de Vidov Dan n'entendait pas supprimer.

262. On aurait pensé que cette substitution se rapproche de la substitution fidéicommissaire dans le droit positif français, ou de celle du droit romain ; mais il n'en est pas ainsi. Un rapprochement de la substitution du § 464 avec la substitution fidéicommissaire prévue par les articles 608-617 du Code civil général de l'Empire d'Autriche ne serait pas possible. On peut les rapprocher, mais l'assimilation est exclue étant données les dispositions contraires qu'on rencontre en cette matière dans ces

deux codes. Notre substitution du § 464 a donc une physionomie juridique d'un caractère particulier.

IV. — Il résulte de tout ce qui précède qu'il n'y a que deux sortes de conditions pour la validité de la substitution : 1°) *les unes relatives à la forme* ; 2°) *les autres au contenu de l'acte constitutif de substitution*.

263. Quant à la forme, la substitution ne peut être constituée que par *testament*. L'acte juridique qui constitue la substitution ne peut pas être un acte entre vifs, à moins qu'il ne s'agisse d'un contrat successoire, celui-ci n'étant valable que s'il est conclu que sous la forme d'un testament (1).

264. Quant au contenu, il suffit qu'il n'y ait aucun doute que la volonté du disposant était de ne pas constituer le *fidéicommis de famille* du § 465 C. civ. Cela veut dire que le disposant avait l'intention de fonder une substitution ne comportant qu'un seul degré de grevé et un seul degré d'appelé. Le but que le disposant se proposait se révélera du contenu entier de l'acte de fondation.

Si le testateur impose, par exemple, à son héritier l'obligation de laisser à sa mort ou dans d'autres cas déterminés la succession qu'il aura recueillie à un second héritier nommé, cette disposition constitue une substitution permise. Il y a aussi la substitution fidéicommissaire lorsque le testateur a défendu à l'héritier de disposer de son legs par testament ; l'héritier est tenu de conserver l'héritage pour ses héritiers légitimes. Il n'est pas nécessaire que le mot de substitution soit prononcé dans l'acte de fondation ; il suffit que les éléments constitutifs s'y retrouvent. Il y a même la substitution permise, malgré la prononcia-

(1) Ivisc (M.) : *Les problèmes agraires en Yougoslavie* th. Paris 1926, p. 177 et s.

tion du mot de fidéicommiss, pourvu que les éléments constitutifs se trouvent réunis. La Cour d'appel de Belgrade a statué dans ce sens. Elle dit dans son arrêt que l'usage du mot de fidéicommiss ne constitue pas encore l'institution de fidéicommiss, celle-ci devant faire partie des dispositions essentielles du testament (1). C'est donc la recherche de l'intention du testateur qui nous permettra de décider si nous nous trouvons en présence d'une substitution permise ou d'une substitution prohibée.

En un mot pour la validité de la substitution permise dans le droit serbe il faut une disposition testamentaire et une défense d'aliéner ou une charge de conserver et de rendre, ne pouvant s'étendre que jusqu'au premier degré. En ce qui concerne les conditions de qualité du disposant et des appelés, elles ne sont pas requises pour la validité de la substitution. Il n'en est pas de même en droit français.

Les substitutions fidéicommissaires permises par le § 464 C. civ. ne sont valables qu'autant qu'elles portent sur la propriété constituant la quotité disponible et sur les acquêts non sur les biens hérités.

265. V. — Quant à la nature juridique du droit du grevé et de l'appelé, nous renvoyons où nous avons traité cette question. Nous nous bornons à dire ici que jusqu'à l'instant où la substitution fidéicommissaire doit s'opé-

(1) Quant à la question de la qualité des contractants il y en a qui soutiennent que le contrat successoire n'est possible qu'entre époux. Les arguments contraires de M. Z. Markovitch sont décisifs sur ce point. Si seuls, des époux, dit-il, pouvaient conclure le contrat de succession le législateur serbe n'aurait aucun besoin de parler dans le § 394 du contrat comme mode de dévolution successorale ; il suffirait de mentionner seulement le testament et l'ordre *ab intestat* parce que la forme du contrat de succession entre les époux d'après le § 780 du code civil étant celle du testament, la mention du contrat dans le § 394 se trouve sans aucune raison d'être. (*Op. cit.*, p. 88 : *La transmission du patrimoine d'une personne décédée dans la zadrouga serbe*, thèse, Paris 1929).

rer, l'héritier institué jouit d'un droit de propriété limité par les droits et les obligations d'un usufruitier. C'est d'après ce principe que se règlera le sort des actes passés par le grevé jusqu'à l'ouverture du droit du substitué. Mais ce qui est le plus important à remarquer, c'est que ni l'appelé, ni le grevé ne peuvent jusqu'à ce moment disposer librement des biens substitués, à moins qu'ils ne consentent tous deux à cette aliénation. C'est le trait le plus caractéristique de la substitution du § 464 sur lequel se base notre affirmation que les restrictions contenues dans les actes à titre gratuit sont *les plus relatives*, et toujours propres à être écartées par un accord entre le grevé et l'appelé.

Quant à la substitution vulgaire elle ne comporte aucune restriction aux actes de disposition.

CHAPITRE II

LES RESTRICTIONS VOLONTAIRES CONTENUES DANS LES ACTES A TITRE ONEREUX

266. I. — Nous avons remarqué au début que les restrictions volontaires sont aussi rares dans les actes à titre gratuit que dans les actes à titre onéreux. En commençant nous avons renoncé à étudier le *pactum de retroemendo* du § 664 C. civ. D'ailleurs ce pacte ne comporte aucune restriction aux actes de disposition. Il ne donne qu'un droit à l'acheteur de rendre le marché au vendeur au même prix. C'est une des modalités du contrat de vente, et les parties sont tenues de s'y conformer sinon ils courent la responsabilité suivant les principes généraux admis en matière d'obligation.

267. II. — Quant au droit de préemption conventionnelle, il n'y a, comme nous l'avons dit au commencement, qu'à appliquer les principes admis en matière de préemption légale. Nous tenons à remarquer qu'il y a tout de même quelques exceptions à faire sur plusieurs points.

En ce qui concerne le délai pour l'exercice du droit, les principes du retrait légal sont applicables si les contractants n'en ont pas stipulé autrement.

268. Une autre différence c'est que le droit de préemption conventionnelle peut avoir pour objet aussi bien des biens im-

mobiliers que des meubles, et que ce droit peut être constitué au profit de tout particulier nonobstant son rapport de parenté ou de sociabilité avec le vendeur.

Il y a encore une différence capitale à remarquer entre le droit de préemption légale et le droit de préemption conventionnelle en ce qui concerne leur effet juridique à l'égard des tiers. La préemption conventionnelle, à la différence du retrait, n'a en principe aucun effet juridique envers les tiers. Dans l'hypothèse d'aliénation par l'acheteur du bien sujet au retrait, l'acquéreur ne serait pas tenu de délivrer le bien en cas d'exercice du droit de préemption conventionnelle. Cette exemption du tiers de son obligation de délivrer la chose peut dériver soit de la nature juridique du droit de préemption conventionnelle, soit du principe individualiste de la propriété qui domine dans cette matière.

269. Si le droit de préemption est un droit réel, il peut être exercé même contre le tiers, et inversement. Ce droit a un double caractère : tantôt il est *personnel*, tantôt *réel*. Il est réel s'il est inscrit sur les registres publics. Dans ce cas le vendeur est admis à exercer son droit de préemption qu'il s'est réservé par le contrat de vente même contre le tiers, bien que celui-ci ait fait transcrire sa propriété. Il n'en est pas de même lorsque le vendeur, retrayant n'a pas inscrit son droit de préemption. Dans ce cas il faut distinguer trois hypothèses :

1° *hypothèse* : le tiers a acquis la propriété par voie de transcription sur les registres publics (oubachtigné) : le retrayant ne pourrait pas lui opposer son droit de préemption, ou pour mieux dire, la *clause de retrait*.

2° *hypothèse* : l'acte translatif de propriété est accompli, mais le tiers a eu connaissance de la *clause de retrait*. Dans ce cas il faudrait d'après M. Péritch admettre le retrayant à exer-

cer son droit même contre le tiers. Il s'ensuit que le tiers pour s'opposer valablement à la clause de retrait doit avoir non seulement le titre de propriété (tapia) mais encore *la bonne foi*, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir connu l'existence de la clause de retrait. Cette solution nous paraît contraire au principe que le contrat n'a pas d'effet juridique envers le tiers, aussi bien qu'au principe que le droit réel est opposable à tous. Cette solution serait admissible si la clause de retrait inscrite sur les registres publics était opposable au tiers à cause de ce que cette inscription aurait comporté une présomption légale contre le tiers. Si donc l'opposabilité de cette clause se fonde sur ce que le tiers est présumé en avoir en connaissance par suite de l'inscription de cette clause sur les registres publics, c'est justement pour la même raison que cette clause, même non inscrite, devrait être opposable au tiers, si celui-ci en avait eu connaissance par une autre voie. Mais nous avons vu ci-dessus, que l'opposabilité de cette clause se fonde exclusivement sur sa nature juridique, c'est-à-dire sur son caractère réel qu'elle obtient par l'inscription sur les registres publics. Par conséquent, à défaut de cette inscription, *la clause de retrait*, ne serait opposable au tiers dans aucun cas, même si le tiers avait su qu'elle existait.

3° *hypothèse* : la propriété n'est pas encore transmise au tiers. Dans ce cas la clause de retrait sera toujours opposable au tiers.

Dans l'hypothèse de l'inopposabilité de la clause de retrait, on peut admettre non seulement l'idée de droit réel pour expliquer ce caractère inopposable, mais encore le principe de la propriété individuelle. Ne pourrions-nous pas dire dans ce cas que la propriété est présumée exempte de toutes les restrictions et que par conséquent ces restrictions ne sont obligatoires pour le tiers qu'autant qu'elles sont *absolues* et d'ordre public, ou qu'elles sont publiées suivant les règles générales de la pu-

blication des charges pesant sur une propriété. La clause de retrait comporte une restriction consistant en ce que le propriétaire est obligé d'offrir d'abord l'aliénation du bien au bénéficiaire. C'est une charge de la propriété qui n'est opposable au tiers suivant le droit commun de la propriété individuelle que lorsqu'elle est inscrite sur les registres publics, C'est-à-dire lorsqu'elle a obtenu une publication régulière.

270. III. — Il reste encore à examiner un dernier acte juridique à titre onéreux qui comporte des restrictions volontaires, c'est le *pacte de réméré*. Nous avons déjà vu la nature juridique des droits qu'il est susceptible de conférer (1), et dès lors la nature des restrictions qu'il porte aux actes de disposition. Tout ce que nous avons dit sur les conséquences juridiques de l'idée d'indisponibilité réelle doit être appliqué dans cette matière. Le pacte de réméré est opposable à tous s'il est inscrit sur les registres publics, puisque ce n'est que par suite de cette inscription que les biens vendus sous la condition de rachat sont frappés d'indisponibilité réelle. Ainsi, mis hors de la circulation, les parties doivent en subir les conséquences aussi bien que les tiers. Cette indisponibilité se prolonge jusqu'à la mort, la renonciation ou l'intention de l'action du vendeur. Une fois que l'événement qui met fin à cet état de choses s'est produit, les biens rentrent dans la libre circulation et ils sont sensés n'avoir jamais été frappés d'indisponibilité. Cette fiction est en faveur des tiers et de l'acheteur si cet état de choses a cessé par l'événement de son action en rachat ; elle est au contraire en faveur des tiers et de l'acheteur si cet état de choses a cessé par suite de la mort ou de la renonciation du vendeur.

(1) V. 1^{re} Part., Chap. II, § 3-III.

CONCLUSION

L'étude des restrictions aux actes de disposition en matière de propriété foncière a un intérêt d'ordre juridique et d'ordre social et économique.

Les restrictions peuvent nous intéresser en tant qu'elles sont de nature à provoquer la chute des actes d'aliénation directe. Elles s'opposent à l'agissement de la volonté individuelle comme un entrave, qui s'appuie sur des considérations d'intérêts supérieurs.

Dans la doctrine les restrictions soulèvent la question de la fonction de la propriété. Elles sont invoquées pour combattre les principes individualistes de la propriété, et c'est à elles que la conception de la *propriété-fonction* emprunte ses éléments constitutifs. En un mot les restrictions aux actes de disposition attribuent à la propriété sa fonction sociale, en lui enlevant de plus en plus son caractère absolu et personnel.

Les restrictions qu'on rencontre dans le droit serbe ont rendu inapplicable le principe individualiste de la propriété. Par la force de leur application le *jus abutenti* du droit de propriété est gravement atteint dans la pluralité des cas, et la propriété se trouve pourvue de la fonction sociale qui est son attribut essentiel.

Il n'est pas moins vrai de dire que les restrictions déterminent la forme de la propriété, et c'est d'après leur fondement qu'on trouve dans le droit serbe ces trois principales formes de propriété : la *propriété individuelle ou urbaine*, la *propriété*

d'okoutchyé, et la *propriété de la zadrouga*. Chacune de ces trois sortes de propriété comporte des restrictions qui leur sont particulières.

La *propriété individuelle* comporte les restrictions contenues dans la *substitution pupillaire* du § 464 C. civ, et les restrictions qu'entraînent le *pacte de réméré* et la *clause de retrait*.

Les autres restrictions que comportent la *propriété d'okoutchyé* et la *propriété de la zadrouga*, sont liées organiquement à la fonction sociale de ces deux propriétés dont la destination consiste à protéger la *petite propriété rurale*, la famille et la *zadrouga*. L'évolution de la propriété foncière serbe nous montre une lutte constante contre les principes des législations libérales et individualistes, et une recherche assidue d'un système agraire régissant la propriété paysanne de façon à en assurer un *minimum* indispensable à la conservation de la famille paysanne et de la *zadrouga*. Toutes ces restrictions étaient prescrites au détriment du développement des grands domaines. Ces restrictions représentent les mesures les plus efficaces contre les effets de l'individualisme agraire. Les réformes agraires sous le régime yougoslave sont une consécration du principe de la protection de la petite propriété rurale par voie de prescription des restrictions aux actes de disposition. Les attributions de terre aux bénéficiaires des réformes agraires sont mises sous le coup de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité. Elles « ne peuvent aux termes des dispositions générales sur la colonisation intérieure être surchargées de dettes ni aliénées soit à l'amiable, soit par adjudication » (1).

C'est ainsi que l'organisation de la propriété foncière rurale a commencé à se former en Yougoslavie sur le modèle de la *propriété d'okoutchyé*. Aux premiers jours de sa vie, la Yougoslavie s'oriente vers l'organisation de la propriété d'okoutchyé. C'est la meilleure solution dans un pays purement agri-

(1) Ivisic (M.) : *Les problèmes agraires en Yougoslavie* th. Paris 1926, p. 177 et s.

cole où le développement de la classe rurale doit être la préoccupation principale de tous les gouvernements et où ce développement est une des plus importantes conditions de la prospérité nationale. L'application du principe individualiste de la propriété ne pourrait nullement correspondre à ce développement. Si on exemptait la propriété rurale de toutes ces restrictions, il n'y aurait plus aucune entrave au développement des grands domaines et à la prolétarianisation des paysans, ce qui aboutirait à des résultats contraires aux rêves et aux idéals séculaires du peuple yougoslave et néfastes pour un pays purement agricole. *Or, ou on est pour la petite exploitation agricole, et, alors, pour le maintien de toutes les restrictions protégeant cette petite propriété ; ou on est contre le régime de la petite exploitation, et, alors, pour le principe de la libre disposition des biens, c'est-à-dire pour le développement des grands domaines au préjudice de la petite propriété paysanne.*

L'existence des restrictions aux actes de disposition étant ainsi liée étroitement au maintien de la petite exploitation, de la famille rurale et de la zadrouga, la question de la suppression de ces restrictions peut se ramener à la question de l'utilité de la protection accordée à la petite exploitation, à la famille et à la zadrouga.

Voilà une question à discuter. Se posant en Yougoslavie dans toute son acuité, la question de la suppression des restrictions, notamment des restrictions résultant du droit d'okoutchyé a soulevé de nombreuses discussions et controverses. L'opinion publique des régions yougoslaves appartenant avant la guerre à l'empire d'Autriche-Hongrie était presque unanime à condamner le système serbe de la protection accordée à la petite propriété rurale comme n'étant pas applicable à des rapports économiques et sociaux développés et régis par les principes individualistes. Cette résistance a arrêté l'action unificatrice

relative à l'organisation de la propriété paysanne. C'est ainsi que les principes de la propriété d'okoutchyé ne sont restés applicables que sur le territoire du Code civil serbe et sur les terres attribuées aux bénéficiaires des réformes agraires, malgré la volonté de la majorité de la Skoupchtina exprimée à plusieurs reprises dans le sens de l'application de ces principes sur tout le territoire yougoslave.

A cette résistance manifestée dans la Croatie et la Slovénie contre l'application intégrale des principes de la propriété d'okoutchyé il faut ajouter la lutte pour la suppression de l'okoutchyé menée dans la Serbie par des gens dont les spéculations doctrinales ou commerciales ne sont pas en harmonie avec les restrictions résultant du droit d'okoutchyé.

Mais tous ces adversaires attaquant l'institution d'okoutchyé ne se rendent guère compte de ce lien étroit et organique qui existe entre les restrictions « (ces obstacles au progrès) » résultant du droit d'okoutchyé et la protection de la petite propriété rurale, de la famille et de la zadrouga. Est-il opportun de priver la propriété d'okoutchyé de sa fonction sociale dont l'exercice presque séculaire a donné les résultats les plus satisfaisants, résultats que tout le monde civilisé s'efforce d'atteindre passant outre les principes métaphysiques du droit, les controverses sur lesquelles ne doivent nullement prévaloir contre les exigences et le langage des faits. Il est évident que les restrictions résultant du droit d'okoutchyé sont une armature puissante de la petite propriété rurale, aussi bien que de la famille paysanne. Si la loi d'okoutchyé se maintient malgré les attaques des adversaires c'est parce qu'elle porte en elle-même son intérêt, sa valeur sociale, c'est parce que les paysans en réclament journellement l'application, c'est parce que la raison qui la légitime est juste et s'impose aux paysans et à ceux qui préfèrent aux principes trop idéalistes, trop spéculatifs, les besoins

de la vie sociale, la paix publique, l'enrichissement du pays, la dignité la plus grande des petits propriétaires.

Les adversaires disent que les défauts de l'okoutchyé l'emportent sur ces qualités. Le premier grief fait à cette institution est qu'elle anéantirait la capacité de crédit du petit agriculteur et par là les bases des coopératives de crédit agricole. Nous avons déjà dit que c'est une objection un peu trop doctrinale. La coopération et l'okoutchyé ne s'excluent pas au fond. L'idée fondamentale de la loi d'okoutchyé est de prévenir l'agriculteur contre l'endettement à des taux d'intérêt trop exagérés. C'est-à-dire que cette loi voulait pousser les paysans à conclure des emprunts sous le contrôle de l'Etat ou des institutions destinées à veiller exclusivement aux besoins de crédit des paysans. A l'égard de ces institutions la loi d'okoutchyé ne produit pas ses effets. Pour la même raison, il faudrait admettre la même solution pour les coopératives de crédit, celles-ci étant par excellence les institutions chargées de veiller sur les intérêts des petits agriculteurs. La loi serbe du 3 Décembre 1899 sur les coopératives agricoles a méconnu ce principe fondamental du droit d'okoutchyé n'ayant pas soustrait aux effets de la loi d'okoutchyé les coopératives agricoles de crédit. C'est donc par suite du manque d'initiation dans l'esprit de la loi d'okoutchyé que les créances des coopératives doivent subir l'insaisissabilité du fonds d'okoutchyé. L'institution de l'okoutchyé en elle-même n'a pas ce défaut de gêner le développement du mouvement coopératif ; c'est la loi des coopératives qui en est viciée.

Mais ce n'est pas encore à dire qu'il faut remanier immédiatement la loi sur les coopératives. Avant de faire ce remaniement il faut avoir toutes les garanties dont ne profiteront en effet pour le crédit agricole que ceux qui en ont besoin. Sinon il est à craindre que les créanciers de mauvaise foi ne se

servent des coopératives pour éluder l'application de la loi d'okoutchyé.

L'incompatibilité prétendue entre la fonction de la propriété d'okoutchyé et la fonction des coopératives agricoles est le résultat d'une connaissance insuffisante de l'esprit de la loi d'okoutchyé et du fondement des restrictions qui en résultent. La coopération et l'okoutchyé ne s'excluent pas ; au contraire ils se complètent en vue de protéger économiquement et socialement les petits propriétaires ruraux. Les restrictions résultant du droit d'okoutchyé sont indispensables pour assurer un minimum de terre, pour attacher le paysan et sa famille au sol et arrêter ainsi cet exode des paysans vers les villes qui est surtout néfaste dans un pays purement agricole où ces paysans restés sans terre sont condamnés à émigrer, à mourir de faim et à devenir les éléments les plus subversifs ; ce n'est que dans une habile coordination de la fonction de la propriété d'okoutchyé et de la coopération agricole que réside la prospérité d'un pays agricole comme c'est le cas en Yougoslavie. Le grand capital et l'usure sont deux ennemis puissants de la petite propriété paysanne et celle-ci aura toujours besoin d'en être protégée ; cela d'autant plus si ce capital provient de l'étranger. Dans ce cas à l'intérêt social de la protection s'ajoute l'intérêt national.

Ce sont des considérations principales que nous mettons au premier plan pour justifier le maintien des restrictions résultant du droit d'okoutchyé. De même les considérations d'ordre social et économique justifient le maintien des restrictions établies dans l'intérêt de la zadrouga. Nous allons encore plus loin en demandant de renforcer la protection de cette collectivité familiale si inhérente à la conception yougoslave de la propriété foncière. C'est justement pour renforcer cette protection qu'il faudrait accorder à la zadrouga le droit de retirer l'héritage à tous les héritiers qui n'auraient pas voulu rester dans la com-

munauté. Quant aux restrictions résultant du droit de préemption légale, elles devraient servir exclusivement à protéger la zadrouga. Les appliquer en matière de propriété urbaine c'est les détourner de leur but originaire et méconnaître leur fondement. Nous avons vu que ces restrictions sont une survivance de la propriété collective de la zadrouga par laquelle elles étaient déterminées, et leur application aux rapports de la vie commerciale et urbaine est en effet un poids sans aucune contre-partie et la cause constante de l'augmentation des procès corruptifs.

On peut nous reprocher que les restrictions sur le maintien desquelles nous insistons sont contraires au principe économique de la libre circulation des biens, au principe juridique de la liberté des contrats et du droit absolu de propriété. Pour répondre à ces critiques il suffit de mettre sous les yeux les faits qui représentent une flagrante atteinte à tous ces principes même là où ces principes avaient leurs premiers promoteurs et protagonistes. Derrière nous est le siècle où régnait le naturalisme juridique ; nous en sommes déjà loin et nous nous trouvons dans une époque où la question de l'indépendance sociale de l'individu prédomine toutes les autres. En outre de ces raisons générales de notre méfiance pour les principes individualistes il y en a qui sont particuliers quand il s'agit de la Yougoslavie. On ne pourrait mieux les exprimer qu'en citant ces belles et sages paroles de M.Ivsic : « A notre avis la démocratie occidentale avec ses conceptions et institutions bourgeoises autant qu'individualistes restera un élément étranger à l'âme des peuples yougoslaves tout autant que le communisme marxiste. Les principes d'économie libérale ne s'adaptent tant bien que mal qu'aux nations essentiellement industrielles, mais dans les pays où la classe rurale et l'exploitation agricole

prédominant et forment le pivot de toute l'activité sociale et économiques, ces principes n'auraient aucun succès.

Les institutions juridiques et celles de l'instruction publique adoptées par la partie occidentale peuvent convenir aux peuples formés par une démocratie bourgeoise mais non pas aux peuples de démocratie paysanne »

VU : *Le Président de la Thèse,*

HENRI LÉVY-ULLMANN.

VU : *Le Doyen,*

H. BERTHÉLEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLETY.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

§ 1. — <i>Sujet de notre étude. — Double aspect de</i>	
l'exercice du droit de propriété	5
2. — Actes soumis aux restrictions à étudier ..	5
3. — Restrictions n'entrant pas dans le cadre	
de notre sujet : 1° restrictions provenant	
du fait de la contiguïté des immeubles ;	
2° restrictions imposées au propriétaire	
par la théorie de l'abus du droit ; 3° res-	
trictions d'ordre administratif ; 4° res-	
trictions contenues dans les lois d'excep-	
tion en matière de loyer ; 5° restrictions	
que comporte l'expropriation pour cause	
4. — Le cadre du sujet restreint par la nature	
foncière de la propriété	9
5. — Précision des restrictions à examiner	10
6. — Restrictions résultant du droit de réserve.	10
7. — Restrictions dont la cause réside dans	
l'incapacité civile	10
§ II. — <i>Le double caractère des restrictions</i>	10
8. — Restrictions de caractère absolu	11
cais	11
9. — Restrictions absolues dans le droit fran-	
d'utilité publique	6
10. — Restrictions absolues dans le droit serbe.	13
11. — Restrictions relatives	14
§ III. — <i>La division des restrictions en légales et en</i>	
<i>volontaires</i>	15
12. — Le criterium de la division	15
13. — Le rapport numérique des restrictions	
légales dans le droit français	15
14. — Le rapport numérique des restrictions lé-	
gales dans le droit serbe	16
15. — Pourquoi les restrictions légales sont plus	
nombreuses	16

16. — Les questions d'ordre économique et social que soulèvent les restrictions légales en Yougoslavie	16
§ IV. — <i>Principe de la libre circulation des biens</i> ..	18
17. — Les restrictions par rapport au principe économique du libre échange des biens et à l'intérêt fiscal	18
18. — La circulation est plus ou moins entravée suivant le caractère absolu ou relatif des restrictions	19
§ V. — <i>Classement des restrictions d'après leur fondement</i>	19
19. — Les considérations des intérêts d'ordre social prises comme point de départ pour la recherche du fondement	19
20. — La question du fondement peut se ramener à celle de la conception de la propriété	21
21. — Essayer de fonder les restrictions sur les principes d'un système juridique, c'est risquer d'échouer ou de se voir enfermé dans un cercle vicieux	22
22. — L'essai des juriscônsultes romains de justifier les restrictions dans le cadre des principes du droit romain	24
23. — Toutes les restrictions ne dérivent-elles pas d'une destination dont la propriété est affectée soit par le législateur, soit par les particuliers ?	26
24. — L'utilité objective et subjective du but dont la propriété est affectée	26
25. — La conclusion sur la question du fondement des restrictions	28
26. — La démonstration historique du fondement des restrictions	29
— en matière de droit de zadrouga serbe.	29
— en matière de droit légitimaire	31
— dans le droit féodal	31
— dans le droit moderne	32
27. — Les tendances générales qui ont décidé les législateurs modernes des différentes nations à prescrire diverses restrictions aux actes de disposition en matière de propriété foncière	32

28. — Les divers types de Homestead	32
29. — Le type de Homestead dans le droit serbe.	34
30. — Le fondement des restrictions que comporte l'institution du Homestead	35

PREMIERE PARTIE

PRINCIPES FONDAMENTAUX DU SYSTEME DE LA PROPRIETE FONCIERE SERBE ET LEUR REPERCUSSION SUR LE DROIT DE DISPOSITION	39
---	----

CHAPITRE PREMIER

Les principes fondamentaux.

§ I. — <i>Le principe de dualité dans l'application du régime de la propriété foncière</i>	42
32. — Les cinq catégories de restrictions dans le droit serbe divisées d'après leur fondement	36
33. — Le principe de la propriété du Code civil serbe	43
34. — Le principe de la propriété du § 471 C. de proc. civ	43
35. — Le principe de dualisme en matière de rapport de famille	44
36. — La différence entre la « zadrouga » et l'« inokosna »	44
37. — Le caractère facultatif de la propriété de la « zadrouga » et la forme obligatoire de la propriété d'okoutchyé	46
38. — Les restrictions sont déterminées par l'application de l'un ou de l'autre système juridique	47
§ II. — <i>Les principes subjectivistes du Code civil serbe en tant qu'il représente la compilation du Code général autrichien</i>	48
39. — L'état de choses avant la codification de 1844	48

40. — Les principes individualistes du Code civil serbe et leur application	49
41. — Le Code civil de 1844 et les institutions féodales	51
42. — La conception individualiste de la propriété et ses variantes	52
43. — Le fondement commun de la conception individualiste et de ses variantes	54
44. — Le Code civil serbe ne contient pas seulement un concept individualiste de la propriété mais des concepts individualistes quant à des échanges des biens et à des libertés individuelles	55
§ III. — <i>Les principes objectivistes de la législation originaire serbe et de la Constitution Yougoslave de 1921 relatifs au régime de la propriété foncière</i>	56
A. — <i>Le positivisme juridique en général et la définition de la propriété-fonction</i>	56
45. — La méthode de la doctrine positiviste ..	56
46. — Le point principal où la doctrine positiviste se distingue de la doctrine socialiste.	56
B. — <i>La critique du positivisme juridique</i>	59
47. — La critique de Bonnecase	59
48. — La critique de Geny	59
49. — Le positivisme conduit à l'omnipotence de l'Etat	59
50. — La nécessité de l'existence d'une idée directrice dans l'élaboration et l'application du droit	61
51. — La critique du positivisme n'est-elle pas une résistance traditionnelle à l'oppression	63
52. — Le positivisme juridique n'est-il pas une expression de la résistance à l'oppression économique	63
53. — L'excès de la dialectique dans la discussion entre les positivistes et les individualistes	65
L. Duguit se défend d'être pour l'omnipotence de l'Etat en matière de réglementation de la propriété	

C. — La conception serbe de la propriété et ses divers aspects	67
54. — Le droit de propriété est objectif (premier terme)	67
55. — Le droit de propriété est socialisé (2 ^e terme)	67
56. — Le propriétaire n'est qu'un moyen d'atteindre le but dont la propriété est affectée (3 ^e terme)	69
57. — Le droit de propriété s'exerce par l'intermédiaire de l'homme (4 ^e terme)	69
58. — La propriété est affectée d'une destination (5 ^e terme)	70
59. — Les différentes formes de la propriété d'affectation	70
60. — La propriété d'affectation sous la forme collective a une large application dans le droit original serbe	72
61. — La notion de propriété de la « bachтина » et son évolution	72
62. — La notion de propriété de la zadrouga et son évolution	75
63. — L'idée d'affectation que contient la notion de bachтина peut se concevoir en dehors de la propriété collective de la « zadrouga » au sein même de la propriété individuelle	79
64. — La notion de propriété de l'okoutchyé et son évolution	79
65. — Dépersonnalisation du droit de propriété (6 ^e terme)	81
66. — L'idée d'affectation enlève à la personne sa qualité de sujet du droit de propriété.	81
67. — La théorie qui rattache la personnalité juridique ou la qualité de sujet du droit à l'aptitude à avoir une volonté raisonnable	82
68. — La théorie de l'organe	85
69. — La théorie qui rattache la qualité de sujet de droit à l'homme, à sa personnalité.	85
70. — La critique des théories	86
71. — Le titulaire de la propriété de la zadrouga est un organe chargé de poursuivre le but collectif dont cette propriété est affectée	87
72. — Le titulaire de la propriété de l'okoutchyé n'est qu'un lieutenant du magistrat.	87

CHAPITRE II

<i>Répercussion des principes sur le droit de disposition ..</i>	90
§ I. — <i>Position de la question</i>	
73. — La répercussion des principes est double.	90
74. — Les cinq principales propositions comme suite logique des principes individualistes.	91
75. — Les cinq principales propositions comme suite logique des principes positivistes.	92
76. — Dans le droit serbe les restrictions que comporte la propriété d'affectation collective sont sous l'empire des principes positivistes	92
77. — Dans le droit serbe les restrictions volontaires sont sous l'empire des principes individualistes	93
§ II. — <i>Principe de la propriété par rapport à l'ordre public</i>	94
78. — Ce que l'on entend par ordre public	94
79. — Si l'on se place au point de vue individualiste le droit de disposition constitue l'élément essentiel de l'ordre public	97
80. — La sauvegarde du principe individualiste, de l'absolutisme du droit de disposition, a soulevé dans la doctrine et la jurisprudence française la question de la <i>licité</i> de la clause d'inaliénabilité en dehors des hypothèses des biens dotaux et de la substitution permise	99
81. — Le principe directeur en matière de restrictions volontaires dans la jurisprudence serbe : <i>le droit absolu de disposition comme élément constitutif de l'ordre public</i>	100
82. — Le principe directeur en matière de restrictions légales dans la jurisprudence serbe : <i>Les restrictions aux actes de disposition comme éléments constitutifs de l'ordre public</i>	102

83. — On peut faire jouer un autre principe que celui du droit absolu de disposition ou de la libre circulation des biens pour justifier juridiquement la nullité de la clause d'inaliénabilité	103
84. — L'impossibilité de justifier juridiquement la clause d'inaliénabilité dans le cadre du principe du droit absolu de disposition ni par l'idée d'obligation	105
§ III. — <i>La nature juridique des restrictions volontaires et légales et la sanction des actes passés à leur mépris par rapport au principe de la propriété</i>	109
85. — <i>La nature juridique de la clause d'inaliénabilité dans le droit français</i>	109
86. — <i>La nature juridique des restrictions volontaires permises dans le droit serbe</i> ..	110
87. — Le pacte de réméré et les droits qui en dérivent	110
88. — La substitution permise et les droits qui en dérivent	112
89. — L'idée d'indisponibilité réelle est admise implicitement par la jurisprudence	113
90. — <i>La nature juridique des restrictions légales</i> expliquées dans le droit positif serbe par l'idée d'indisponibilité réelle	114
91. — Quel intérêt y a-t-il à expliquer la nature juridique des restrictions par l'idée d'indisponibilité réelle ?	115
92. — Quant à l'inaliénabilité des biens substitués	116
93. — Quant à l'inaliénabilité des biens achetés sous la réserve du pacte de réméré inscrit sur les registres publics	116
94. — Quant aux restrictions légales	118
95. — Les personnes admises à se prévaloir de la nullité des actes passés au mépris des prohibitions d'aliénation	
96. — En ce qui concerne les restrictions volontaires	120
97. — En ce qui concerne les restrictions légales	121
§ IV. — Le principe de la propriété par rapport à la règle : <i>Exceptiones sunt strictissimae interpretationis</i> et à la notion de droit commun	122

98. — La règle : <i>exceptiones sunt trictissimae interpretationis</i> est la suite logique et la conséquence inévitable du système individualiste	122
99. — Dans le droit serbe le droit commun est précisément l'inverse de ce que l'on croit qu'il est dans le droit français	124
100. — Le cas exceptionnel où les tribunaux serbes invoquent le principe de l'interprétation restrictive et le principe absolu du droit de disposition	125

DEUXIEME PARTIE

LES RESTRICTIONS LEGALES

CHAPITRE I.

L'okoutchyé ou d'indisponibilité de la petite propriété rurale.

101. — Le sens étymologique du mot okoutchyé	127
102. — Ce que l'on entend par <i>okoutchyé</i>	128

SECTION I. — *But de l'okoutchyé.*

§ I. — *En quoi la législation de l'okoutchyé intéresse l'ordre social et politique.*

103. — Le droit de l'okoutchyé est de nature à arrêter le paysan à un degré de l'échelle sociale	129
104. — Les arguments des adversaires et des partisans de l'okoutchyé développés dans la Skoupchtina en 1871	129
105. — La loi d'okoutchyé a pour but de protéger non seulement l'agriculteur mais aussi sa famille	132
106. — La protection que l'okoutchyé accorde à la famille est plus efficace que celle du droit de réserve	132

107. — Grâce à la loi d'okoutchyé la petite propriété est conservée et on dit avec raison que le paysan serbe est un petit bourgeois	133
108. — Les avantages et les inconvénients du droit d'okoutchyé à l'égard du régime d'exploitation	133
109. — En quoi consiste l'avantage principal de l'okoutchyé ?	133
§ II. — <i>En quoi la loi d'okoutchyé intéresse l'organisation du crédit agricole et coopération agricole</i>	136
110. — Les effets de l'okoutchyé sont paralysés par la loi générale de la différenciation sociale et économique	136
111. — La loi d'okoutchyé diminue le crédit individuel de l'agriculteur et gêne le développement des mouvements coopératifs.	137
112. — Ce qu'il y a à reprocher aux adversaires de l'okoutchyé	137
SECTION II. — <i>Historique de la législation de l'okoutchyé</i>	138
113. — § I. Période de la naissance. La loi organique de 1836	138
114. — § II. Période de restauration et de modification de la loi d'okoutchyé	140
115. — § III. Période d'extension de la loi d'okoutchyé	143
SECTION III. — <i>Les conditions légales de l'okoutchyé.</i>	143
§ I. — <i>Il faut avoir un droit réel sur le fonds d'okoutchyé</i>	144
116. — Tous les droits réels ne sont pas entendus	144
117. — L'usufruit de la veuve	145
118. — La nue-propriété	145
119. — La possession	146
§ II. — <i>Il faut que le droit réel soit de nature immobilière</i>	146
120. — Les immeubles par destination	146
121. — L'idée de la subrogation réelle en dehors des dispositions légales	147

122. — La jurisprudence et la subrogation réelle.	148
123. — La loi de 1898 et la subrogation réelle.	149
124. — En matière de droit d'okoutchyé il faut admettre la subrogation réelle de plein droit	149
§ III. — <i>Le fonds d'okoutchyé doit comprendre un maximum de cinq « jours » (morgens) de terre arable et une maison d'habitation avec un mor-gen de terre à l'entour</i>	
ARTICLE PREMIER. — <i>Calcul de l'okoutchyé</i>	151
125. — La jurisprudence a introduit le principe de dualité dans le calcul de l'okoutchyé.	151
A. — <i>Naglavitzza.</i>	
126. — Comment se fait le calcul de la <i>Naglavitzza</i> à l'égard de la « zadrouga »	151
127. — On ne rend pas compte de la quote-part d'un membre de la « zadrouga »	152
128. — La fiction de personnalité en matière de calcul du fonds inaliénable de la zadrouga assure une protection plus efficace aux paysans qui exploitent leurs fonds fonciers en « zadrouga »	152
129. — Le calcul de l'okoutchyé à l'égard de de l' <i>inokosna koutcha</i>	153
130. — Qu'il s'agisse de zadrouga ou d' <i>inokosna koutcha</i> le calcul se fait d'après le nombre des contribuables qui participent à la vie commune de ces deux communautés familiales	154
B. — <i>Okoutchnitza</i>	155
131. — Le calcul de l'okoutchnitza se fait d'après le nombre des foyers	155
ART. II. — <i>Le moment déterminant dans le calcul de l'okoutchyé</i>	155
A. — <i>Cas où il y a eu un contrat d'aliénation</i>	155

132. — Le revirement de la jurisprudence ..	155
— L'arrêt du 20 Octobre 1925	157
— — 2 Janvier 1926	158
— — 26 Juin 1926	159
133. — Les quatre hypothèses et la solution ..	159
B. — <i>Cas où il y a eu endettement</i>	160
134. — Il y a deux moments à distinguer	160
ART. III. — Le mode de preuve de la consistance	
135. — de l'okoutchyé	162
§ IV. — <i>Le titulaire du droit d'okoutchyé doit être une personne qui fait de la culture son occupation principale</i>	163
ART. I. — <i>Les conditions exigées pour être agriculteur</i>	164
136. — Que faut-il entendre par agriculteur	
137. — La question de la double profession ..	164
138. — Les pétschalbaris sont-ils admis à jouir du droit d'okoutchyé ?	165
139. — Les paysans employés dans les usines et dans les ateliers	166
140. — Il y a deux catégories de personnes auxquelles on attribue la qualité d'agriculteur.	167
ART. II. — <i>A quel moment faut-il avoir la qualité d'agriculteur</i>	167
141. — Au moment le plus convenable pour celui qui prétend bénéficier du droit d'okoutchyé	167
ART. II. — <i>Le mode de preuve</i>	167
142. — Première hypothèse. — Le certificat délivré par le maire, — Le certificat de publication d'une firme commerciale	167
143. — Deuxième hypothèse. — La supposition de la profession	168
SECTION IV. — <i>Les effets juridiques de l'okoutchyé</i> ..	169

144. — Le droit d'okoutchyé produit un triple effet	169
§ I. — <i>L'insaisissabilité du fonds d'okoutchyé</i>	170
ART. I. — <i>Quels créanciers doivent subir l'insaisissabilité du fonds d'okoutchyé</i>	170
145. — L'insaisissabilité ne devrait produire ses effets qu'à l'égard des créanciers dont la créance provient du contrat de prêt	170
146. — L'insaisissabilité à l'égard de la caution.	171
147. — L'insaisissabilité en matière de solidarité.	171
A. — <i>Les créances qui ont une autre cause que le contrat de prêt</i>	172
1° Les créances provenant des actes contractuels	172
148. — a) Contrat de vente	172
149. — b) Contrat de louage	172
150. — c) Le prêt à usage ou commodat	173
151. — d) Le dépôt	174
152. — e) Contrat de mandat	174
153. — f) Contrat de société	174
2° Les créances provenant de sources non-contractuelles	175
155. — Ces créances sont hors de l'effet de l'insaisissabilité	175
3° Les condamnations en matière criminelle, les impôts, les taxes communales ou autres.	
156. — Frais municipaux	176
B. — <i>L'insaisissabilité emporte-t-elle l'insaisissabilité des fruits</i>	176
ART. II. — <i>Sanction de l'insaisissabilité</i>	177
158. — Deux moyens juridiques dont le débiteur peut faire usage	177
§ II. — <i>L'inaliénabilité du fonds d'okoutchyé</i>	178

159. — Le trait distinctif de l'inaliénabilité du fonds d'okoutchyé	178
ART. — <i>Portée pratique de la défense d'aliéner</i>	178
A. — <i>L'aliénation par voie directe</i>	179
160. — 1) La vente	179
161. — 2) La vente permise	179
— L'arrêt du 17 Octobre 1927.	
— L'arrêt du 14 Octobre 1927.	
162. — 3) Donation et legs	180
— Le réservataire peut-il cumuler le	
— droit de réserve et le droit d'okout-	
— chyé ?	
163. — 4) La constitution de dot	181
— L'arrêt du 12 Mai 1926	
— L'arrêt du 14 septembre 1927	
B. — <i>L'aliénation par voie indirecte</i>	182
164. — 1) L'hypothèse conventionnelle	182
165. — 2) L'hypothèse légale	183
166. — 3) La transaction. — Elle renferme par	
présomption en acte d'aliénation. — L'ar-	
rêt du 16 Septembre 1925	183
167. — 4) Le contrat de zadrouga	
— Si la « zadrouga » jouissait de la	
personnalité juridique le contrat de	
zadrouga serait un acte d'aliénation.	185
168. — En effet, ni la « zadrouga » n'est pour-	
vue de la personnalité juridique, ni le lé-	
gislateur n'a jamais pensé à mettre aucun	
obstacle à la formation des zadrougas ..	186
168. — En principe le contrat de zadrouga est	
soustrait à l'application de la loi d'okout-	
chyé	187
169. — L'hypothèse où le contrat de zadrouga	
pourrait entraîner l'application de la loi	
d'okoutchyé (l'arrêt du 5 décembre 1925).	
170. — La généralisation du principe de la ju-	
risprudence proclamé dans l'arrêt du 5	
décembre 1925	189
ART. II. — <i>Sanction de l'inaliénabilité</i>	189
171. — La nullité absolue de l'acte d'aliénation.	189

172. — L'annulation totale ou partielle de l'acte	189
173. — L'arrêt du 25 novembre	191
174. — Le tiers acquéreur et l'action en nullité de l'acte d'aliénation	191
§ III. — <i>De l'imprescriptibilité</i>	192
175. — L'arrêt du 26 Juin 1926	192

CHAPITRE II

Le droit de préemption légale

(Retrait lignager)

SECTION I. — <i>Historique</i>	193
176. — Toutes les codifications régionales et successives impliquent le droit de préemption légale	193
177. — Pourquoi les voisins du vendeur étaient admis au retrait dans le droit coutumier. légale	193
178. — La loi du 14 Mai 1847	195
179. — Le fondement du droit de préemption ..	193
180. — L'origine de l'institution du retrait ..	195
— Comment <i>Stoian Novakovitch</i> explique l'origine du droit de préemption légale ?	
— Le système fiscal byzantin	
— La garantie collective d'impôt	
Au cours des siècles fut oublié le lien du droit de préemption légale avec la garantie collective	
Le droit de préemption légale comme conséquence logique de l'organisation primitive de la famille et de la propriété.	197
SECTION II. — <i>Les conditions requises pour l'ouverture du droit de préemption légale</i>	198
§ I. — <i>Le contrat de vente.</i>	198

182. — Pour l'ouverture du droit de retrait les modalités du contrat de vente sont différentes	
— Il n'en est pas de même si le contrat est annulable de plein droit	198
A. — <i>Quelques contrats équivalents au contrat de vente</i>	
183. — 1° <i>La vente à rente viagère</i>	199
— L'admission de la vente à rente viagère ne soulève aucune objection au point de vue théorique, mais pratiquement le retrait devient inexécutable	
184. — 2° <i>L'échange contre des biens mobiliers</i>	200
185. — 3° <i>Dation en paiement</i>	201
186. — Les arguments de M. Péritch contre l'admission de la <i>datio in solutum</i>	202
— N'est-il pas préférable de faire prévaloir dans les contrats complexes le caractère prédominant	202
187. — Pourquoi la <i>datio in solutum</i> n'était pas assimilée au contrat de vente	202
4° <i>L'échange.</i>	
188. — L'échange est assimilé au contrat de vente, lorsque la valeur de la soulte dépasse ou est égale à celle des biens non pécuniaires	
— <i>Quid si la chose due est in genere ou in specie ?</i>	203
189. — Lorsque l'exercice du droit de préemption est admis en cas de soulte <i>in specie</i> , pour la même raison il faut admettre la <i>datio in solutum</i>	204
B. — <i>La vente qui n'est pas passible du retrait</i>	204
190. — Le § 676 du Code civil	204
§ II. — <i>La nature immobilière de l'objet du contrat.</i>	205
191. — Le contrat de vente doit avoir pour objet un bien immobilier	205

192. — Est-ce qu'il y a lieu au retrait lorsque la vente a pour objet une universalité de biens ou une quote-part de cette universalité ?	206
§ III. — <i>La qualité d'indivisaire ou d'héritier présomptif du bénéficiaire</i>	207
193. — A. — <i>Les indivisaires</i>	208
194. — <i>Quid</i> si un zadrugar n'est pas copropriétaire ?	208
195. — Un associé peut-il poursuivre la société par intérêt ou par actions lorsque celle-ci aliène l'immeuble qu'il lui a apporté.	209
B. — <i>Les héritiers présomptifs du vendeur</i>	209
196. — Comment il faut interpréter les dispositions du § 670 C. civ. aux termes duquel « l'héritier présomptif qui aurait succédé au vendeur au moment de la conclusion du contrat de vente	209
197. — « L'héritier de fait »	210
198. — L'arrêt du 16 décembre 1925 : le droit de préemption ne s'éteint pas même lorsque l'héritier présomptif devient l'héritier de fait	210
199. — L'arrêt du 10 avril 1926 : ce n'est que l'héritier présomptif qui peut être admis au retrait	212
200. — L'enfant mineur est-il admis au retrait contre ses parents ?	212
201. — L'enfant adopté est-il admis au retrait ?	213
202. — L'enfant qui n'est pas encore né est-il admis au retrait ?	213
SECTION III. — <i>Les conditions requises pour l'exercice du droit de préemption légale</i>	214
203. — Deux conditions sont requises	214
§ I. — <i>La citation de l'action en justice dans le délai de 30 jours</i>	214
204. — La règle générale	214

A. — <i>La présomption absolue de la connaissance de l'acte passible du retrait</i>	214
205. — 1 ^{re} <i>hypothèse</i> : l'acte translatif de propriété a eu lieu	215
— Le moment à partir duquel le délai commence à courir	215
206. — Le moment où les parties se sont présentées devant le tribunal	215
— Le moment de l'approbation de l'acte translatif de propriété et de la délivrance du <i>tapia</i>	215
207. — Du moment où les parties ont comparu devant le tribunal, le contrat de vente est présumé être notifié à tous les ayants-droit	215
208. — L'acte translatif de propriété ne fait pas courir le délai de lui-même, mais en tant qu'il emporte présomption de la connaissance de la vente	216
209. — La conséquence logique de ce raisonnement	217
— La présomption légale n'interdit pas aux parties intéressées de fournir des preuves sur une date antérieure, et <i>quid</i> quant à la date postérieure ?	217
210. — 2 ^e <i>hypothèse</i> : la notification de la vente a eu lieu	218
211. — Une seule notification est susceptible d'emporter la présomption : c'est elle qui provient du vendeur	218
212. — La forme de la notification	219
213. — La preuve de la notification	219
214. — La notification dans le cas où le bénéficiaire est absent	220
215. — La notification dans le cas où on ne sait pas qui est le bénéficiaire	220
B. — <i>Preuve de la connaissance de l'acte passible du retrait en dehors de l'hypothèse de la présomption légale</i>	221
216. — Les principes du droit commun sont applicables	221
§ II. — <i>La consignation du prix de vente</i>	223
217. — 1 ^o) <i>Le mode d'acquittement du retrayant</i>	223

247. — Il n'est pas exact que le § 529 représente un cas particulier de la succession . . .	244
248. — Les dispositions du dernier <i>alinéa</i> du § 529 ne portent aucune modification au droit successoral des filles restées dans la zadrouga	244
249. — Ces dispositions sont propres à influencer le contenu du droit de propriété de l'héritage immobilier transmis à l'héritière du zadrougar ; elle succède à la propriété telle que l'avait le défunt lui-même, c'est-à-dire une <i>propriété affectée d'une destination</i>	245
250. — Réfutation de l'opinion d'après laquelle le dernier <i>alinéa</i> du § 529 représenterait un vestige des prérogatives dont la zadrouga jouissait dans le droit successoral	246
251. — La fille du zadrougar décédé est l'héritière de droit commun	247
252. — L'héritière du zadrougar ne peut pas exercer son droit de propriété à cause de son inaptitude absolue à être membre de la zadrouga et, par conséquent, elle ne pourra jamais exercer une propriété dont le but principal est de protéger les intérêts de la zadrouga	248
253. — La zadrouga a le droit de se faire céder le droit sur l'héritage mais elle n'y est pas obligée (la suite logique du <i>caractère facultatif</i> de la propriété collective de la zadrouga)	248

TROISIEME PARTIE

LES RESTRICTIONS VOLONTAIRES

CHAPITRE I

Les restrictions volontaires contenues dans les actes à titre gratuit

254. — La substitution, le seul acte à titre gratuit qui contienne les restrictions volontaires	249
---	-----

237. — Le vendeur peut opposer au retrayant toutes les exceptions tirées d'un vice du contrat ou de l'incapacité des contractants	237
238. — Les fruits civils et naturels appartiennent au possesseur de l'héritage jusqu'au moment où le retrait sera adjugé	238
239. — Le retrayant est-il obligé d'entretenir le bail à ferme ou à loyer	238
§ III. — <i>Les effets à l'égard du vendeur</i>	239
240. — Le vendeur a les mêmes droits envers le retrayant qu'il avait envers l'acheteur.	239
— Il n'en est pas de même quant au droit du vendeur de demander le payement du prix	239
§ IV. — <i>Les effets à l'égard du tiers</i>	239
241. — En tout cas, l'héritage sujet au retrait échapperait à l'appréhension des tiers par suite de l'exercice du droit de retrait	239
242. — Si la saisie immobilière est faite, le prix et tout ce qui doit être remboursé par le retrayant entre les créanciers saisissants suivant l'ordre de leurs privilèges et hypothèques	240
243. — L'acquéreur a-t-il une action en garantie contre l'acheteur, son vendeur	240
244. — L'acquéreur à titre de donation a-t-il le droit de se faire rembourser sur le prix consigné ?	241

CHAPITRE III

Droit de la « Zadrouga » de reprendre l'héritage dévolu aux filles ayant succédé au « zadrougar » décédé :
§ 529 Code civil serbe.

245. — Le premier principe contenu dans le § 529	243
246. — Dans la décision législative de 1859 sont contenus deux principes	243

247. — Il n'est pas exact que le § 529 représente un cas particulier de la succession	244
248. — Les dispositions du dernier <i>alinéa</i> du § 529 ne portent aucune modification au droit successoral des filles restées dans la zadrouga	244
249. — Ces dispositions sont propres à influencer le contenu du droit de propriété de l'héritage immobilier transmis à l'héritière du zadrougar ; elle succède à la propriété telle que l'avait le défunt lui-même, c'est-à-dire une <i>propriété affectée d'une destination</i>	245
250. — Réfutation de l'opinion d'après laquelle le dernier <i>alinéa</i> du § 529 représenterait un vestige des prérogatives dont la zadrouga jouissait dans le droit successoral	246
251. — La fille du zadrougar décédé est l'héritière de droit commun	247
252. — L'héritière du zadrougar ne peut pas exercer son droit de propriété à cause de son inaptitude absolue à être membre de la zadrouga et, par conséquent, elle ne pourra jamais exercer une propriété dont le but principal est de protéger les intérêts de la zadrouga	248
253. — La zadrouga a le droit de se faire céder le droit sur l'héritage mais elle n'y est pas obligée (la suite logique du <i>caractère facultatif</i> de la propriété collective de la zadrouga)	248

TROISIEME PARTIE

LES RESTRICTIONS VOLONTAIRES

CHAPITRE I

Les restrictions volontaires contenues dans les actes à titre gratuit

254. — La substitution, le seul acte à titre gratuit qui contienne les restrictions volontaires	249
---	-----

255. — Les trois espèces de substitutions dans le droit romain	250
256. — La substitution fidéicommissaire dans l'ancien droit français	250
257. — Les dispositions du § 465 C. civ. serbe constituent un véritable <i>fidéicommiss de famille</i>	250
258. — La Constitution de Vidov Dan abolissant le fidéicommiss de famille	251
259. — Lors du décret du 6 janvier 1929, le § 465 n'est-il pas rentré en vigueur	253
260. — Lra Constitution de Vidov Dan n'entendait pas prohiber la substitution du § 464 V. civ.	253
— La substitution du § 463 se distingue de la substitution fidéicommissaire permise par le Code civil français en se rapprochant de la <i>substitution pupillaire du droit romain</i>	253
— La substitution du § 464 s'analyse, semble-t-il, en fin de compte, en des testaments faits pour le compte d'autrui	253
261. — Le sort du testament contenant des dispositions fidéicommissaires, si aucune des trois conditions n'est réalisée	254
262. — La singularité de la substitution du § 464	255
263. — Les conditions de forme pour la validité de la substitution permise	256
264. — Les conditions relatives au contenu de l'acte constitutif de substitution	256
— Quand on est en présence d'une substitution non prohibée	
265. — Le caractère relatif des restrictions que comporte la substitution du § 464	257

.... CHAPITRE II

Les restrictions volontaires contenues dans les actes à titre onéreux

266. — Le <i>pactum de retro emendo</i> ne comporte aucune restriction aux actes de disposition	259
267. — Quelques points sur lesquels le droit de préemption conventionnelle diffère du droit de préemption légale	259
268. — La différence capitale	259

269. — En ce qui concerne l'opposabilité de la guar trois hypothèses	260
clause de retrait au tiers il faut distin-	
1 ^{re} hypothèse	
2 ^e «	
3 ^e «	
270. — <i>Le pacte de réméré</i>	262
